Friedrich A. HAYEK

HUKUK, YASAMA VE ÖZGÜRLÜK

Kurallar ve Düzen

Çeviren: Atilla YAYLA

TÜRKİYE İŞ BANKASI Kültür Yayınları

Friedrich A. HAYEK

HUKUK, YASAMA
VE
ÖZGÜRLÜK

Adaletin ve Politik İktisadın Liberal İlkelerinin Yeni Bir İfadesi

Cilt 1

Kurallar ve Düzen

Çeviren: Atilla YAYLA

TÜRKİYE İŞ BANKASI Kültür Yayınları

İçindekiler

Çevirenin Önsözü

Yirminci yüzyılın büyük filozoflarından olan ve 50 kadar kitaba, 200'den çok makaleye imza atan F.A. Hayek'in (1899-1992) en önemli eserlerinden Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Law, Legislation and Liberty), 1970-80 arasında ortaya çıkan ve üç ciltten oluşan dev bir çalışmadır. Eser teknik-teorik iktisat, iktisadi düşünce tarihi, siyaset felsefesi, hukuk, hukuk felsefesi, bilgi teorisi, fikir tarihi alanlarında otorite olan yazarın muazzam bilgi birikimini, engin muhakeme kabiliyetini, müthiş entelektüel cesaretini, barış, adalet ve özgürlüğe tutku derecesinde bağlılığını en açık biçimde gözler önüne sermektedir.

Bu eserin Türkçeye çevrilerek yayımlanması, sadece bir klasiğin dilimize kazandırılması açısından önemli değildir. Ondan daha önemlisi, belki de ilk defa, bu kitapla, ortalama Türk aydınının sosyal meselelere geleneksel bakış açısından farklı ve çok daha isabetli ve yararlı bir perspektifin var olduğunun, bu perspektifin en güçlü isimlerinden birinin kendi ifadeleriyle bizim dilimizde ortaya konulmakta olmasıdır. Filozof, Hukuk, Yasama ve Özgürlük ile, uygarlığa ve çağımız toplumlarının güncel sorunlarına ülkemiz ortamında çoğumuzun alışık ve bazılarımızın aşık olduğu pozitivist, Kartezyen-kurucu rasyonalist, toptancı ve jakoben yönelişin sakatlıklarını ve mahzurlarını ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, eserin her aydın ve toplum meselelerine ilgi duyan herkes tarafından dikkatle okunması gerekmektedir.

Üç ciltten müteşekkil Hukuk, Yasama ve Özgürlük'ün ilk cildi, elinizdeki Kurallar ve Düzen (Rules and Order)'dir. Filozof bu ciltte hem genel anlamda hem de hukuk kuralları bağlamında kural(lar)ın ne olduğunu, nasıl doğduğunu, beşeri hayatta nasıl bir yer işgal ettiğini incelemektedir. Kuralları insan toplumlarında görülen düzen ve düzenlilikle ilişkilendirmekte, onları, organizasyon düzeni dediği ve toplumun kendiliğinden doğan düzeninden ayrı tuttuğu düzenin dayandığı ve günümüz insanının çoğu zaman kurallarla karıştırdığı talimatlardan ayırmakta, bu ikisinin hem köklerinin hem de fonksiyonları ile özelliklerinin birbirinden temelden farklı olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede, özgürlüğün nasıl korunabileceği, kanun ve hukukun ne olduğu

ve olması gerektiği, yargıçların sahip bulunması gereken meziyetlerin ve toplumsal hayattaki işlevlerinin mahiyeti, çağdaş uygarlığın bir evrim süreciyle nasıl doğduğu, neden bazı evrim teorilerinin yanlış olduğu, hükümetin (yönetimin) toplumun kendiliğinden doğan düzenine ve bu düzeni yaratan güçlere keyfi müdahalesinin niçin ve ne tür zararlı sonuçlar yaratacağı gibi, burada tek tek sayamayacağımız, daha pek çok konuya da değinmektedir...

Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları İş-Türk Limited Şirketi'nin, bu eserin Türkçeye kazandırılmasını sağlamakla, kültür hayatımıza dev bir katkıda bulunduğuna inanıyor ve bütün ilgili ve yetkili kişileri hem tebrik ediyor, hem de kendilerine teşekkürlerimi sunuyorum. Hayek gibi güçlü ve çok yönlü bir düşünürün temel eserlerinden birini Türkçeye aktarmanın da Türkçede okumanın da kolay olmadığını herkesin takdir edeceği inancıyla, okuyucuyu dikkatli, sabırlı ve gayretli olmaya davet ediyorum. İngilizceden başka, Almanca, Fransızca, İspanyolca, Latince ve Yunanca notlar ve ifadeler içeren bu cildin İngilizce dışındaki kısımlarının çevrilmesinde yardımlarını esirgemeyen sevgili dostlarım ve meslektaşlarım Yıldıray Arsan ve Hüseyin Bağcı ile İsmet Birkan'a teşekkürler ediyorum. Bazı kavramların çözülmesinde fikirlerine başvurduğum arkadaşlarım Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut'un adlarını da teşekkür borçlu olduğum kimseler arasında zikretmek istiyorum. Benim diyeceklerim burada biterken, size Hayek ile fikir dünyasında zevkli ve verimli yolculuklar diliyorum...

Atilla Yayla

İkinci Baskıya Not:

Bu çevirinin birinci baskısı “Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük” adı altında yayımlanmıştı. Kitabın piyasaya çıkmasından sonra bir kısmı haklı ve yerinde, bir kısmı haksız ve yanlış eleştiriler yapıldı. İkinci baskıda, yapıcı ve öğretici eleştirileri dikkate alarak, hataları düzeltmeye, metnin dilini iyileştirmeye ve daha kolay okunur hale getirmeye çalıştık. Bu çerçevede, kitabın genel adını da, daha isabetli olduğu düşüncesiyle, “Hukuk, Yasama ve Özgürlük” olarak değiştirdik.

Bu kitap, genel başlıkta gösterilen geniş konuyu incelemek için üç cilt olarak hazırlanmasını uygun bulduğum eserin ilk cildidir. Giriş'te ortaya serilen plana göre, bunun peşinden “Sosyal Adalet Serabı” ile meşgul olan ikinci ve “Özgür Bir Toplumun Siyasal Düzeni”ni ele alan üçüncü ciltler gelecektir. İkinci ve üçüncü ciltlerin müsveddeleri hazır olduğundan onları yakın bir gelecekte ortaya çıkarmaya muvaffak olmayı diliyorum. Tartışmanın nereye yöneleceğini merak eden okuyucular, bu eserin hazırlanması esnasında yayımlanan ve kısmen Studies in Phisosphy, Politics and Economics (London and Chicago, 1967) ve daha geniş ölçüde (fakat Almanca olarak) Freiburger Studien (Tübingen, 1969) adlı eserimde toplanan daha önceki çalışmalarında bazı ipuçları bulabilirler.

Bu eserin beni meşgul ettiği on yıl bana çeşitli şekillerde yardımcı olan kimselerin hepsini saymak ve teşekkür etmek imkânsız. Fakat özellikle ifade etmem gereken bir şükran borcum var. Chicago Üniversitesi'nden Prof. Edwin McClellan, bir kere daha, daha evvel olduğu gibi ifadelerimin benim yapabileceğimden daha okunur kılınması için büyük bir sıkıntıyı üstlendi. Kendisine içten gayretlerinden dolayı derin bir şükran borçluyum, fakat şunu da eklemeliyim ki, onun üzerinde çalışmış olduğu metin daha başka değişikliklere konu olduğu için nihai metnin sahip olabileceği hatalardan o sorumlu tutulmamalıdır.

F. A. H.

Akıl sahibi varlıklar kendi yaptıkları kanunların yanında kendilerinin yapmış olmadığı kanunlara da sahiptirler.

(Montesquieu, De l'Esprit des lois, I, s.i)

GİRİŞ

Problemin yalnızca tek çözümü var gibi görünmektedir: İnsan cinsinin seçkin mensuplarının insan aklının sınırlılığının bilincine varması; derhal, yeterince basit ve derin, yeterince mütevazı ve yüksek olması; böylece, uygarlığın, kendisini, kaçınılmaz mahzurlarına bırakması.

G.Ferrero

Montesquieu ve Amerikan anayasasının kurucuları İngiltere'de gelişmiş olan sınırlayıcı anayasa mefhumunu[1] dile getirmek suretiyle liberal anayasacılığın o günden beri takip etmekte olduğu bir model ortaya koydular. Onların temel hedefi bireysel hürriyete anayasal teminatlar sağlamaktı ve bu doğrultudaki umutlarını kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlamışlardı. Yasama, yürütme ve yargı arasında güç taksimi biçiminde bildiğimiz kuvvetler ayrımı, bu şekliyle, elde etmeyi istediği amaçlara ulaşamadı. Her yerde hükümetler, anayasal yollarla, bu insanların onlardan uzak tutmak, onlara teslim etmemek istediği birçok yetkileri ele geçirdiler. Bireysel özgürlüğü anayasalarla teminat altına alma yolundaki ilk teşebbüs açıkça başarısız oldu.

Anayasacılık demek sınırlı yönetim demektir.[2] Fakat, bu geleneksel anayasacılık formüllerine atfedilen bazı yorumlar, söz konusu formülleri, demokrasiyi çoğunluğun herhangi bir mesele üzerindeki iradesinin sınırsız olduğu bir yönetim biçimi olarak gören bir demokrasi fikriyle bağdaştırmayı mümkün kılmıştır.[3] Bunun bir sonucu olarak daha şimdiden anayasaların modern yönetim (goverment) kavramında hiçbir yeri bulunmayan modası geçmiş kalıntılar olduğu ileri sürülmüştür. Gerçekten, kadir-i mutlak hükümeti mümkün kılan bir anayasa hangi fonksiyona hizmet eder? Böyle bir anayasanın hedefi, sadece, amaçları ne olursa olsun, hükümetlerin pürüzsüzce ve verimli bir şekilde çalışması mı olacaktır?

Bu şartlar altında, 'liberal anayasacılığın kurucuları, bizim yaşadığımız tecrübelere sahip olsaydılar, geçmişte takip etmiş oldukları hedefleri izleyerek, bugün ne yaparlardı' sualini sormak önemli görünmektedir. Geride kalan iki yüz yıllık tarihten öğrenmiş olmamız gereken şey, bu insanların, bütün zekâlarına rağmen, bilmeye muvaffak olamayacakları, pek çok şeyin mevcut olduğudur. Onların bireysel özgürlüğe anayasal teminatlar sağlama amacı bana göre her zaman için geçerli bir amaçtır.

Bir diğer kitapta geleneksel liberal anayasacılık doktrinini izah etmeye çalıştım ve umarım onu açıklığa kavuşturmada bir ölçüde başarılı oldum. Fakat, ancak o çalışmayı bitirdikten sonra liberal anayasacılık doktrininde ilkin ülkülerin, bütün siyasal hareketlerin kendileri sayesinde gelişebildiği idealistlerin desteğini muhafaza etmekte ve zamanımızın bu ülkülerle

bağdaştırılamaz olduğu görülmüş hakim fikirlerinin neler olduğunu anlamakta neden başarısız olduklarını açıkça görme noktasına geldim. Bana öyle görünüyor ki, bu gelişmenin başlıca sebepleri şunlardır: Kişisel menfaatten bağımsız bir adalete olan inancın kaybı; bunun bir sonucu olarak yasamanın sadece gayri adil eylemi önlemek üzere değil, fakat, belirli kişiler veya gruplar için muayyen sonuçları elde etmek üzere zor kullanılmasına salahiyet vermek amacıyla kullanılması; ve adil davranış kurallarını ifade etme görevi ile devleti yönetme görevinin aynı temsili meclislerde birleşmesi.

Beni aynı genel tema üzerinde önceki gibi bir kitap yazmaya iten, özgür insanlardan kurulu bir toplumun muhafazasının, hiçbir zaman layıkı veçhile açıklanmamış olan ve bu eserin her bir cildinin kendilerine tahsis edildiği üç temel ferasete dayandığı kabulüydü. Bunların ilki, kendi kendini üreten veya kendiliğinden doğan bir düzen ile bir organizasyonun birbirinden farklı olduğu ve bunların birbirinden farklılığının bunlar içinde hüküm sürmekte olan iki değişik kural veya kanun türüyle bağlantılı olduğudur. İkincisi, bugün genellikle 'sosyal' veya dağıtımcı adalet olarak telakki edilen şeyin bu iki tür düzenden ancak İkincisi içinde, yani organizasyon içinde bir anlamının olacağı; Adam Smith'in 'Büyük Toplum', Sir Karl Popper'ın 'Açık Toplum' olarak adlandırdığı kendiliğinden doğan düzen içinde bir anlamının bulunmadığı ve onunla bağdaştırılamaz olduğudur. Üçüncüsü, mevcut hakim liberal demokratik müesseseler modelinin -ki bu model içinde aynı temsili organ hem adil davranış kurallarını kor ve hem devleti yönetir- zorunlu olarak, hür bir toplumun kendiliğinden doğan düzeninin, tedricen, bazı örgütlenmiş menfaatlerin hizmetine olacak şekilde idare edilen bir totaliter sisteme dönüştürülmesine yol açtığıdır.

İleride göstermeyi umduğum üzere, bu gelişme demokrasinin zorunlu (kaçınılmaz) bir sonucu değildir, fakat sadece bugün demokrasinin kendisiyle özdeşleştirilme noktasına geldiği sınırsız hükümet biçiminin bir sonucudur. Eğer bu tespitimde haklıysam, şimdi Batı dünyasında hakim olan ve birçok kimsenin, hatalı şekilde onu demokrasinin yegâne mümkün biçimi olarak kabul etmelerinden dolayı, savunmaları gerektiğini zannettiği bu temsili yönetim biçiminin, fıtri bir şekilde hizmet etmesinin istendiği ideallerden ayrılmaya yol açma eğilimine sahip olduğu görülecektir, Şu hususu inkâr etmek mümkün değildir: Bu demokrasi tipi yaygın biçimde

kabul edilir hale geldiğinden, demokrasiyi kendisinin en emin teminatı olarak kabul ettiğimiz bireysel özgürlük idealinden uzaklaşmaktayız ve şimdi hiç kimsenin istemediği bir sisteme doğru sürüklenmekteyiz.

Bununla beraber, sınırsız demokrasinin körü körüne bir yıkıma gittiğini ve bir gürültü-patırtıyla değil fakat bir iniltiyle çökeceğini gösteren işaretler eksik değildir. Daha şimdiden, tahrik edilmiş beklentilerin ancak karar verme yetkilerini demokratik meclislerin elinden almak ve yerleşik örgütlenmiş menfaatler koalisyonlarına ve onların kiralanmış uzmanlarına vermek suretiyle karşılanabileceği açıkça ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, halihazırda bize temsili organların fonksiyonunun 'rızayı mobilize etmek' olduğu söylenmektedir. Bu söz konusu organların temsil ettiği kimselerin fikirlerinin ifade edilmesi değil, o fikirlerin manipüle edilmesidir. Eninde sonunda, insanlar, sadece kaderlerinin yeni yerleşik menfaatlerin elinde olduğunu değil, fakat, tedarikçi-devlet'in (provisional State) zorunlu bir sonucu olarak doğmuş ve gelişmiş olan koruyucu hükümet siyasal mekanizmasının, toplumun, değişen bir dünyada yükselen bir hayat standardı sağlamak bir yana, mevcut hayat seviyesini korumak için gerekli olan intibakları dahi yapmasını önleyerek bir çıkmaz meydana getirmekte olduğunu keşfedeceklerdir. Muhtemelen, insanların kendi yarattıkları müesseselerin onları böyle bir çıkmaza ittiğini itiraf etmesinden önce hayli zaman geçecektir. Fakat, muhtemel bir çıkış yolu bulmak amacıyla düşünmeye başlamak için çok erken değildir ve bunun şimdilerde genel olarak kabul edilen inançlarda esaslı tashihler gerektireceği kanaati beni bu çalışmada bazı kurumsal icatlar üzerinde çalışmaya iten faktördür.

The Constitution of Liberty'yi yayımladığım vakit, bu eserde gerçekleştirmeye teşebbüs ettiğim işi ileride yapmak mecburiyetinde olduğumu bilseydim, o ismi bu çalışma için muhafaza ederdim. O zaman temel yapı (constitution-anayasa) terimini, kavramı aynı zamanda bir kişinin iyi olma durumunu tasvir etme anlamında da istihdam ettiğimiz, geniş anlamda kullandım. Sadece elinizdeki bu eserde, kendimi, hukuki anlamda, hangi anayasal düzenlemelerin bireysel özgürlüğün muhafazasına yardımcı olabileceği sorusuna yöneltiyorum. Çok az sayıdaki okuyucunun fark ettiği açık bir ima haricinde, ilk kitapta (The Constitution of Liberty), kendimi, mevcut hükümet (yönetim) biçimlerinin özgürlüğü korumayı istemeleri halinde izlemek zorunda kalacakları ilkelerin ifade edilmesiyle

sınırladım. Hüküm süren kurumların bunu imkânsız kıldıklarının farkına gitgide artan ölçüde varış, beni başlangıçta yalnızca çekici fakat tatbik edilemez bir fikir olarak görünen şey (ütopya) üzerinde, ütopya tuhaflığını kaybedene ve bana liberal anayasacılığın kurucularının halinde başarısız olduğu problemin yegâne çözümü olarak görününceye kadar, gittikçe daha fazla yoğunlaşmaya itti.

Mamafih, bu anayasal dizayn problemini sadece bu çalışmanın üçüncü cildinde dönüyorum. Yerleşik gelenekten makul derecede radikal bir ayrılış için bir teklifte bulunmak, sadece mevcut inançların değil fakat hâlâ kuru laflarla övgüler yağdırdığımız bazı temel kavramların gerçek manalarının da eleştirel bir şekilde yeniden gözden geçirilmesini gerektirdi. Aslında bu eser için çalışmaya başladıktan kısa bir süre sonra yapmayı üstlenmiş olduğum şeyin Montesquieu'nun on sekizinci asırda gerçekleştirdiği şeyin yirminci yüzyıl için yapılmasından çok farklı olmadığını keşfettim. Bu eser için yaptığım çalışmalar sırasında, birden çok defa, yöneldiğim hedefin yakınma dahi gelmek konusunda kabiliyetimden şüphe ettim dersem, okuyucu bana inanacaktır. Daha çok günümüz şartlarının sonucu olan şu entelektüel güçlüğe işaret etmek isterim: Montesquieu açısından böyle bir teşebbüsün kapsaması gereken saha çok sayıda uzmanlık alanına bölünmemişti. O günden bu yana herhangi bir kimsenin konuyla ilgili temel eserlere dahi vakıf olması imkânsız hale gelmiştir. Lâkin, uygun bir sosyal düzen sorunu bugün iktisat, hukuk, siyaset bilimi, sosyoloji ve etkin değişik açılarından incelenmesine rağmen, problem ancak bir bütün- olarak başarılı bir şekilde ele alınabilecek mahiyettedir. Bundan dolayı böyle bir görevi bugün her kim üstlenirse üstlensin, mecburen meşgul olacağı bütün alanlarda profesyonel yeterliliğe sahip bulunduğunu, veya ortaya çıkan bütün sorunlarla ilgili mevcut uzmanlık literatürüyle haşır neşir olduğunu iddia edemez.

Uzmanlaşmaya dalmanın zehirli etkisi, hiçbir yerde, en eski iki disiplini teşkil eden iktisat ve hukukta olduğundan daha aşikâr değildir. Liberal anayasacılığın temel kavramlarını, Montesquieu'ya olduğundan daha az olmayacak şekilde kendilerine borçlu olduğumuz on sekizinci yüzyıl filozofları David Hume ve Adam Smith, dönemin fikir adamlarından bazılarının 'yasama bilimi' olarak veya terimin en geniş anlamında politika ilkeleri olarak adlandırdığı şeyle uğraşmaktaydı. Elinizdeki kitabın ana

temalarından biri şudur: Hukukçuların üzerinde çalıştığı âdil davranış kuralları onun genellikle mahiyetinden bihaber olduğu türden bir düzene hizmet etmektedir; ve bu düzen, esas itibariyle, bu sefer aynı şekilde üzerinde çalıştığı davranış kurallarının karakterinden habersiz olan iktisatçı tarafından İncelenmektedir.

Bununla beraber bir zamanlar ortak bir araştırma alanı teşkil etmiş olan şeyin birkaç uzmanlık sahasına bölünmesinin en ciddi sonucu, bazen 'sosyal felsefe' olarak adlandırılan, hiç kimseye ait olmayan bir alan ve muğlak bir konu ortaya çıkartması olmuştur. Bu özel disiplinler içindeki başlıca ihtilafların bazıları, gerçekte söz konusu disiplinlerin hiçbirine mahsus olmayan, bundan dolayı onların hiçbiri tarafından sistematik biçimde gözden geçirilmeyen ve bu nedenle 'felsefi' sıfatıyla vasıflandırılan sorular üzerindeki farklılıklara dönüşmektedir. Bu, çok defa, sessizce, rasyonel haklılaştırma gerektirmeyen veya rasyonel olarak haklılaştırma yeteneğine sahip olmayan bir konum alınmasının bahanesi olarak hizmet görür. Ancak, sadece olgusal yorumların değil fakat siyasal pozisyonların da bütünüyle bağlı olduğu bu önemli konular, hakikat ve mantık temelinde cevaplandırılması gereken ve böyle cevaplandırılabilecek olan sorulardır. Bu konular, sadece, yaygın fakat yanlış biçimde benimsenen belirli inançların, kesin bir bilimsel tetkike tabi tutulması mümkün olan sorulara sahte bir cevap koyan bir felsefi geleneğin etkisi sayesinde var olmaları anlamında 'felsefi'dirler.

Bu kitabın ilk bölümünde, yaygın biçimde benimsenen belirli siyasal görüşler kadar yine yaygın biçimde kabul edilen muayyen bilimsel görüşlerin de benim kurucu rasyonalizm olarak adlandıracağım belirli bir sosyal müesseselerin oluşumu kavramına -bütün sosyal müesseselerin bilinçli -maksatlı düzenlemenin ürünü olduğunu, öyle olması gerektiğini farz eden bir kavram- dayandığını göstermeye teşebbüs etmekteyim. Bu entelektüel geleneğin hem olgusal hem normatif hükümlerinde yanlış olduğu gösterilebilir, çünkü ne mevcut müesseseler bütünüyle dizayn ürünüdürler, ne de sosyal düzeni, aynı zamanda elde edilebilir bilginin kullanımını büyük ölçüde sınırlamaksızın, bütünüyle dizayna bağımlı kılmak mümkün olacaktır. Bu hatalı görüş, insan aklının kendisini, toplumsal kurumlan da ortaya çıkartmış olan evrim sürecinin bir ürünü

olmaktan ziyade, toplum ve tabiat evreninin dışında bulunan bir varlık olarak gören, aynı derecede yanlış, insan aklı fikriyle yakından bağlantılıdır.

Hakikaten, sadece zamanımızın bilimsel farklılıklarının bazılarının değil, fakat aynı zamanda en önemli siyasal (veya ideolojik) farklılıklarının da, nihai olarak, içlerinden birinin yanlış olduğu gösterilebilecek olan bu iki düşünce okulu arasındaki muayyen temel felsefi farklılıklara dayandığı kanaatindeyim. Bu okulların her ikisi de, ortak bir isimle, rasyonalizm olarak zikredilir, fakat ben onlar arasında bir tarafta evrimci (veya Sir Karl Popper'in dediği gibi, tenkitçi), diğer tarafta, hatalı kurucu (Popper'in adlandırmasıyla saf) rasyonalizm yer alacak biçimde bir ayırım yapmak zorundayım. Kurucu rasyonalizmin maddi bakımdan yanlış varsayımlara dayandığı gösterilebilirse, ona dayanan bütün bir siyasal ve sosyal düşünce okulları ailesinin hatalı olduğu da ispat edilmiş olacaktır.

Teorik alanlarda, özellikle hukuki pozitivizm ve onunla bağlantılı olan sınırsız bir iktidarın lüzumu inancı bu hatayla yan yana durmakta veya onunla birlikte başarısızlığa düşmektedir. Aynı şey faydacılık için de, en azından faydacılığın özelci veya 'eylemci' türü için de, geçerlidir; keza, korkarım, sosyoloji olarak adlandırılan şeyin ihmal edilemeyecek bir bölümü de, hedeflerini insan cinsinin geleceğini yaratmak biçiminde takdim ettiği veya bir yazarın belirttiği gibi sosyalizmin sosyolojinin mantıki ve kaçınılmaz sonucu olduğunu iddia ettiği zaman, kuruculuğun doğrudan bir mahsulüdür. Bütün totaliter doktrinler bu kategoriye aittir. Sosyalizm bunların en soylusu ve en etkilisidir. Totaliter doktrinler, dayandıkları değerler yüzünden değil, fakat Büyük Toplum'u ve medeniyeti mümkün kılmış olan güçleri yanlış anlamış olmalarından dolayı hatalıdırlar. Sosyalistler ile sosyalist olmayanlar arasındaki farklılıkların, nihai tahlilde, farklı değer yargılarına değil, bütünüyle bilimsel bir çözüme elverişli fikri mevzulara dayanmakta olduğunun ispat edilmesi, bana bu kitapta takip edilen düşünce zincirinin en önemli sonuçlarından biri olarak görünmektedir.

Aynı olgusal hata en ciddi siyasal organizasyon problemini, yani, halk iradesinin onun üzerine başka bir 'irade'yi yerleştirmeksizin nasıl sınırlandırılacağı problemini uzun süredir çözümsüz hale getirir gibi görünmektedir bana. Büyük Toplum'un temel düzeni bütünüyle dizayna

dayanamaz ve bundan dolayı bu düzen muayyen önceden görülebilir sonuçları da amaçlayamaz. Bu kavranır kavranmaz, siyasi otoritenin meşrulaştırılmasının yolu olarak genel kanaat tarafından tasdik edilmiş umumi ilkelere bağlanma gereği, ortaya çıkar ve bu, anın çoğunluğunun iradesi de dahil olmak üzere, siyasi otoritenin iradesi üzerine etkili sınırlamalar yerleştirir.

Benim ana konumu teşkil edecek bu meselelerde, düşünce, David Hume ve Immanuel Kant'tan beri, çok az ilerleme kaydetmiş görünmektedir. Birçok mevzuda çözümlememiz onların bıraktığı noktadan işe başlamak zorundadır. Çünkü, değerlere bütün rasyonel inşanın bağımsız ve rehber şartlan statüsünü vermeye herkesten daha çok yaklaşan onlardı. Burada nihai olarak ilgili olduğum konu, ancak küçük bir yönüyle meşgul olabilmeme rağmen, değerlerin, bana gittikçe daha çok zamanımızın büyük trajedisi olarak görünme durumuna gelen bir bilimsel hata tarafından tahrip edilmesidir. Bu bir trajedidir, çünkü, söz konusu bilimsel hatanın sükut ettirmeye meylettiği değerler, bu değerlerin aleyhine dönmüş olan bilimsel çabalar dahil, bütün uygarlığımızın vazgeçilmez temelidir. Kuruculuğun, izah edemediği değerleri, kuruculuğun yorumlayıcıları tarafından tabiî bir durummuş (oluşummuş) gibi kabul edilen olguların zaruri şartlan olmaktan ziyade, keyfi beşeri kararlarla veya irade eylemleriyle veya sadece hislerle belirlenmiş oldukları biçiminde sunma eğilimi, medeniyetin temellerini de, bilimsel olarak ispatlanamayacak bir değerler sistemine dayanan bilimin kendisinin temellerini de sarsmak için çok şey yapmıştır.

Birinci Bölüm: AKIL VE EVRİM

Kiminle ilgili olarak ve hangi çerçevede özgür devletlerin oluşumu hakiki kanunu tanındı ve gelişme, evrim ve devamlılık isimleri altında diğer bilimlere yeni ve daha derin bir metot vermiş olan keşiflere yakından benzeyen bu buluş, nasıl istikrar ve değişim arasındaki kadim problemi çözdü ve geleneğin düşüncenin ilerlemesi üzerindeki otoritesini tayin etti.

Lord Acton

İnşa etme ve evrim

Beşeri faaliyetler örgüsüne bakmanın iki yolu vardır. Bu iki yol insan faaliyetleri örgüsünün hem açıklanmasıyla hem de bilinçli olarak değiştirilmesinin imkân dahilinde bulunup bulunmadığıyla ilgili olarak çok farklı neticelere yol açar. Bu yollardan biri, ispatlanabilecek biçimde yanlış olan, ancak, insan benliğine insanoğlu üzerinde büyük tesir kazanacak kadar cazip gelen ve onların bir hayale dayandığını bilen fakat bu hayalin zararsız olduğuna inanan insanlar tarafından dahi sürekli olarak kullanılan mefhumlar üzerine kuruludur. Diğeri, çok az sayıda insan onun temel tezlerini bunlar soyut biçimde ifade edildiği takdirde sorgulayacak olmasına rağmen, bazı bakımlardan öylesine hoş karşılanmayan sonuçlara yol açmaktadır ki çok az kişi bu yolu sonuna kadar takip etmeyi istemektedir.

İkincisi, bizi, bilinçli-amaçlı olarak meydana getirebileceğimiz şeylerin sınırlan olduğu ferasetini ve mevcut umutlarımızın bazılarının hayal olduğunun kabul edilmesi noktasına götürürken, birincisi, bize isteklerimizi gerçekleştirmek için sınırsız bir güce sahip olduğumuz duygusunu verir.

Ancak, birinci görüş tarafından kandırılmamıza izin vermenin sonucu, daima, insanın, elde edebileceği şeylerin hacmini fiilen sınırlaması olmaktadır. Çünkü, insanı sahip olduğu kuvvetlerin tümünü kullanmaya muktedir kılan şey, daima mümkün olanın sınırlarının tanınması olmuştur.[4]

Birinci görüş, bütün beşeri müesseselerin, ancak beşeri gayeler için dizayn edilmeleri halinde insani amaçlara hizmet edeceği; bir kurumun var olması gerçeğinin o müessesenin bir amaç için yaratıldığının kanıtı olduğu; ve toplumu ve toplumun kurumlarını bütün davranışlarımıza bilinen gayelerce rehberlik edilecek tarzda yeniden dizayn etmemiz gerektiği fikrini savunur. insanların çoğuna bu önermeler, hemen hemen kendiliğinden doğruymuş ve yalnızca bu önermeleri benimsemek düşünen bir varlık olmaya değer bir tavır oluşturmaktaymış gibi görünür. Ancak, bu önermelerin altında yatan, bütün yararlı müesseseleri dizayna borçlu olduğumuz ve sadece bu tür dizaynın müesseseleri bizim gayelerimiz açısından yararlı hale getirmekte olduğu ve getirebileceği yolundaki inanç yanlıştır.

Bu görüş esas itibariyle fenomenlerde bulunacak bütün düzenliliği, antropomorfik biçimde, bir düşünen aklın dizaynının sonucu olarak yorumlamaya yönelik fazlasıyla müzmin ilkel bir düşünce temayülünde yerleşiktir, insanoğlu gayet isabetli biçimde bu naiv mefhumdan kurtulma yolundaydı. Fakat, tam bu sırada insan aklını yanlış önyargılardan azat etme amacı kendisiyle sıkı sıkıya birleştirilmiş ve Akıl Çağı'nın hakim akımı olmuş güçlü bir felsefenin desteğiyle bu naiv kavram (fikir) yeniden canlandırıldı.

Antik çağdan beridir yavaş yavaş ve tedricen gelişmekte olan, fakat bir müddet için daha cazibeli olan kurucu görüş tarafından hemen hemen tamamıyla bastırılan ikinci görüş, bireysel eylemin tesirliliğini (faydasını) mühim ölçüde artırmış olan toplumsal düzenliliğin, münhasıran bu amaç için dizayn ve icat edilmiş müesseseler ve uygulamalar sayesinde değil, fakat, genellikle önce 'gelişme' ve daha sonra 'evrim' olarak tasvir edilen bir süreç sayesinde ortaya çıktığı görüşüdür. Bu süreç içinde, bazı davranış kodları önce başka sebeplerle veya tamamen tesadüfi olarak benimsenmiş, daha sonra içinde doğdukları grubu diğer gruplar üzerinde hüküm sürmeye muktedir hale getirdiği için muhafaza edilmiştir. On sekizinci yüzyılda ilk sistematik gelişmesinden beridir bu görüş sadece iptidai düşüncenin

antropomorfizmine karşı değil fakat ondan daha da fazla bu kaba görüşlerin yeni rasyonalist felsefeden almış olduğu takviyeye karşı mücadele etmek mecburiyetindeydi. Hakikaten, evrimci görüşün vazıh olarak biçimlendirilmesine yol açan şey bu felsefenin ona meydan okumasıydı.

Kartezyen rasyonalizmin kesin inançları

Bizim kurucu rasyonalizm olarak adlandıracağımız şeyin temel tezleri en mükemmel ifadelerini büyük düşünür, Rene Descartes'da buldu. Fakat o bu fikirlerden sosyal ve ahlaki argümanlar için sonuçlar çıkarmazken[5], bu tür sonuçlar onun birazcık daha yaşlı (fakat çok daha uzun yaşamış olan) çağdaşı Thomas Hobbes tarafından ayrıntılı biçimde ifade edildi. Descartes'ın esas hedefinin önermelerin gerçekliği için ölçütler ihdas etmek olmasına karşılık, onun izleyicileri bu ölçütleri davranışların uygunluğunu değerlendirmek ve haklılaştırılmasını sağlamak için de kullandı. Descartes'ı 'açık ve kesin' olan, dolayısıyla, muhtemel şüphenin ötesinde bulunan vazıh öncülerden mantıki olarak çıkartılamayan her şeyin doğruluğunu reddetmeye iten 'radikal şüphe', bu usulle haklı çıkarılamayan bütün davranış kurallarını geçerlilikten mahrum kıldı. Descartes'ın kendisinin, bu tür davranış kurallarını bir her şeyi bilen (alim-i kül) Tanrı'ya atfederek zararlı sonuçlardan kaçınabildi. Buna karşılık, izleyicileri arasındaki bu yol kendilerine münasip bir açıklama tarzı olarak belirmeyen kişilere, sırf geleneğe dayanan ve rasyonel zeminlerde tam olarak ispat edilemeyen (mazur gösterilemeyen) her şey bir irrasyonel hurafe olarak göründü. Descartes'ın geliştirdiği ölçütlerle doğru olduğu gösterilemeyen-gösterilemeyecek olan her şeyin 'zandan başka bir şey değil' düşüncesiyle reddedilmesi, Descartes'ın başlattığı hareketin ağır basan özelliği haline geldi.

Descartes'ın düşünce sisteminde, akıl, açık öncüllerden mantıki istidlal olarak tanımlandığı için, rasyonel eylem de yalnızca tamamen bilinen ve ispat edilebilir gerçek tarafından tayin edilmiş eylem anlamına gelir oldu. Buradan şu sonuca varmak hemen hemen kaçınılmaz bir adımdır: Sadece bu anlamda doğru olan şey başarılı eyleme yol verebilir ve bundan dolayı insanın kazanımlarını borçlu olduğu her şey onun bu şekilde tasavvur edilmiş muhakemesinin bir ürünüdür. Bu şekilde dizayn edilmeyen müesseseler ve pratikler ancak tesadüfen faydalı olabilir. Bu, genel olarak geleneği, âdeti ve tarihi hakir görüşüyle birlikte, Kartezyen rasyonalizmin

ayırt edici tavrı oldu. Bu anlayışa göre yalnızca aklı insanı toplumu yeniden inşa etmeye muktedir kılmalıydı.[6]

Vakıa, bu rasyonalist yaklaşım, aslında daha evvelki antropomorfik düşünce tarzlarına bir yeniden dönüş anlamına geldi. Yenilenmiş bir kültürün kurumlarının tümünü irade veya tasarıma irca etme eğilimini istihsal etti. Ahlak, din ve hukuk, lisan ve yazı, para ve piyasanın, biri tarafından, önceden tasarlanarak inşa edilmiş olduğu veya en azından, sahip oldukları her mükemmelliği bu tür bir dizayna borçlu olduğu düşünüldü. Bu amaççı (intentionalist) veya pragmatik tarih anlayışı en yetkin ifade edilişini, birçok bakımlardan Descartes'ın doğrudan doğruya takipçisi olan filozoflardan, tarih sırasıyla, önce Hobbes'da daha sonra Rousseau'da buldu. Onların teorisinin, her zaman için fiilen olmuş olanın tarihi bir anlatılışı olmak durumunda bulunmasa bile, daima, mevcut müesseselerin rasyonel olup olmadıklarına karar vermede bir rehberlik çizgisi sağladığı düşünüldü.

Bugüne kadar hüküm süren 'bilinçli olarak' veya 'önceden tasarlanarak' yapılmış her şeyi tercih etme anlayışını bu felsefi telakkiye borçluyuz. Keza, 'irrasyonel' veya 'akıl-dışı (nonrational) terimleri bugün sahip oldukları itibar kırıcı anlamı bu felsefi anlayıştan almaktadır. Geleneksel ve yerleşik müesseselerin ve teamüllerin lehindeki daha evvelceki hüküm bu anlayış yüzünden tersine dönerek onlara karşı bir hüküm niteliğini kazandı ve 'fikir' (kanaat) 'sırf fikir-akıl tarafından ispat-izah edilemeyecek veya karar verilemeyecek ve bundan dolayı karar için geçerli bir zemin olarak kabul edilemeyecek bir şey- olarak düşünülür hale geldi.

Lâkin, insanoğlunun, çevresindeki şeyler üzerindeki hakimiyetini, esasen, aşikar öncüllerden mantıki istidlal yapma kabiliyeti yoluyla kazandığı (elde ettiği) inancının altında yatan temel faraziye yanlıştır ve insanın eylemlerini bu şekilde haklılaştırılabilecek şeylerle sınırlamaya yönelik her teşebbüs, insanı, kendisi için elde edilebilir olan en etkili başarı araçlarının ekserisinden mahrum bırakacaktır. Davranışlarımızın, yararlılıklarını (etkililiğini), münhasıran veya bilhassa, kelimelerle ifade edebildiğimiz ve bu sebeple bir mantıki kıyasın aşikar öncüllerini teşkil edebilecek olan bilgiye borçlu olduğu doğru değildir. Toplumun, amaçlarımızın başarıyla takibinin vazgeçilmez şartları olan müesseselerinin çoğu, hakikatte, ne icat edilmiş olan, ne de görünürde böyle bir amaçla riayet edilen âdetlerin,

alışkanlıkların veya tecrübelerin ürünüdür, içinde kendi durumumuzu başarılı biçimde tayin-takdir edebileceğimiz ve davranışlarımızın hedeflerine ulaşmak için yeterli şansa sahip olduğu bir toplumda yaşarız. Sadece diğer insanların da malum amaçlar veya amaçlarla araçlar arasındaki bilinen bağlantılar tarafından idare edilmesi yüzünden değil, fakat aynı zamanda onların da amacını veya kaynağını çok defa bilmediğimiz ve fiili varlığının ekseriya farkında olmadığımız kurallar tarafından sınırlanması sayesinde böyle bir cemiyette hayatımızı sürdürürüz.

İnsan amaç-peşinde-koşan bir canlı olduğu kadar kural izleyici bir canlıdır da.[7] Ve insan, kurallara niçin riayet etmesi gerektiğini bildiği veya hatta bütün bu kuralları kelimelerle ifade etmeye muktedir olduğu için değil, fakat, düşünüşünün ve davranışının içinde yaşadığı toplumda bir ayıklama süreciyle tekamül ettirilmiş bulunan ve dolayısıyla nesillerin tecrübesinin ürünü olan kurallar tarafından yönetilmesinden dolayı, başarılıdır.

Maddi bilgimizin daimi sınırlan

Kurucu yaklaşım ona itibar edenleri insan davranışının başarıları hakkında yanlış hükümlere sürükler. İnsanın davranışları genellikle başarılıdır, sadece ilkel dönemlerde değil, belki daha da fazla medeniyet çağında başarılıdır, zira bu davranışlar insanın hem bildiği gerçeklere hem de bilmediği ve bilemeyeceği pek çok sayıdaki diğer gerçeklere intibak ettirilirler. Ve insanın etrafını saran bu genel şartlara intibak , onun kendilerine davranışta saygı göstermeye muktedir olmasına rağmen, dizayn etmediği ve çoğu zaman kati olarak dahi bilmediği kurallara riayeti tarafından hasıl edilir. Yahut, bu husus başka biçimde ifade edilirse, bizim çevremize intibakımız, ne sadece ve belki ne de bilhassa, sebep ile sonuç arasındaki ilişkilere nüfuz etme kabiliyetinden kaynaklanır, fakat aynı zamanda, davranışlarımızın, içinde yaşadığımız cinsten bir dünyaya, yani, farkında olmadığımız ancak başarılı davranışlarımızın modelini tayin eden şartlara intibak ettirilmiş kurallar tarafından yönetiliyor olmasından kaynaklanır.

Kartezyen anlamda bir eylemin tam rasyonelliği onunla ilgili gerçeklerin tam bilgisine sahip olmayı gerektirir. Bir tasarımcının veya bir mühendisin, maddi nesneleri amaçlanmış hır sonucu üretmek üzere tanzim edecekse, bütün verilere ve onları kontrol ve idare etmek için tam bir kuvvete ihtiyacı

vardır. Oysa, toplum içindeki davranışın başarısı herhangi bir kimsenin muhtemelen bilebileceğinden çok daha fazla miktardaki olgulara bağlıdır ve neticede, bütün medeniyetimiz, bizim Kartezyen anlamda doğru olduğunu bilemeyeceğimiz pek çok şeye inanmamıza dayanır, dayanmalıdır.

O halde, okuyucudan bu kitap boyunca daima zihninde tutmasını istememiz gereken şey, herkesin, kendi payına, insan toplumunun ayrı ayrı üyelerinin davranışlarını tayin eden muayyen olguların çoğu üzerindeki zorunlu ve giderilmesi mümkün olmayan bilgisizliği gerçeğidir. Bu, başlangıçta, kendisinden bahsedilmeyi dahi pek gerektirmeyecek ve ispata bundan da az ihtiyaç duyacak kadar aşikâr ve itiraz kabul etmez bir gerçek gibi görünebilir. Lâkin, bunu sürekli olarak vurgulamamanın sonucu, bu hususun kolay unutulmasıdır. Bunun böyle olması, esas itibariyle, onun toplum süreçlerini hem açıklamaya hem zekice etkilemeye yönelik teşebbüslerimizi çok zorlaştıran ve bu süreçler hakkında söyleyebileceğimiz veya yapabileceğimiz şeyler üzerine sıkı sınırlar yerleştiren müşkülat yaratıcı bir gerçek olması yüzündendir. Bundan dolayı, bir ilk yaklaşım olarak, tam bir izah ve kontrol için gerekli her şeyi bildiğimiz faraziyesiyle işe başlama yolunda güçlü bir tahrik mevcuttur. Bu geçici faraziye, çoğu defa, ileride, hükümler üzerinde fazla etkide bulunmaksızın kendisinden vazgeçilebilecek, pek önemi bulunmayan bir şey muamelesine tabi tutulmaktadır. Ancak, Büyük Toplum düzenine dahil birimlerin çoğunun bu zaruri bilgisizliği bütün sosyal düzenin merkezi problemidir. Bu temel problemi geçici olarak göz ardı etmek için kullanılan söz konusu hatalı faraziye genellikle hiçbir zaman kesin olarak terk edilmez, yalnızca kılıfına uygun biçimde unutulur. Muhakeme süreci sanki bu bilgisizlik hiç mesele değilmiş gibi devam eder.

Bununla beraber, toplumsal süreçleri belirleyen muayyen olguların çoğuyla ilgili giderilmesi mümkün olmayan bilgisizliğimiz gerçeği sosyal müesseselerin mevcut biçimlerini alışlarının sebebidir. Ya bir gözlemcinin ya da üyelerinden herhangi birinin tek tek bütün olayları (facts) bildiği bir toplum hakkında konuşmak, şimdiye kadar var olmuş her şeyden bütünüyle farklı bir şeyden -toplumumuzda bulduğumuz şeylerin çoğunun içinde mevcut olmayacağı ve olamayacağı ve zuhur etmesi halinde hiçbir vakit tahayyül edemeyeceğimiz özelliklere sahip bulunacak bir toplumdan- söz etmektir.

Somut gerçekliklerle ilgili mecburi bilgisizliğimizin önemini daha önceki bir kitabımda bir hayli uzun biçimde inceledim. Burada bu noktanın merkezi önemini esas itibariyle onu bütün açıklamalarımın başında ifade etmek suretiyle vurgulayacağım. Fakat yeniden dile getirilmesi veya daha iyi açıklanması gereken birkaç husus vardır. İlk önce, sözünü ettiğim, herkesin giderilmesi mümkün olmayan bilgisizliği, herhangi biri tarafından bilinen veya bilinecek olan ve o münasebetle toplumun bütün yapısını etkileyen muayyen gerçeklerle ilgili bilgisizliktir. Bu beşeri faaliyetler yapısı sürekli biçimde kendisini bütün olarak hiç kimse tarafından bilinmeyen milyonlarca gerçeğe (olguya) intibak ettirir ve kendisini bu gerçeklere intibak ettirmek suretiyle işler. Bu sürecin öneminin en aşikar olduğu alan ekonomidir ve bu sürecin önemi ilk olarak ekonomi sahasında vurgulanmıştır. Söylenildiği gibi, sosyalist olmayan bir toplumun iktisadi hayatı bireysel şirketler ve hane halkları arasındaki milyonlarca ilişki ve akıştan mürekkeptir. Onlar hakkında çeşitli teoremler ihdas edebiliriz, lâkin asla hepsini gözleyemeyiz. Ekonomik alanda kurumsal bilgisizliğimizin önemini ve kendileri aracılığıyla bu engeli aşmayı öğrendiğimiz metotları kavrama kabiliyeti, aslında, bu kitapta sistematik bir biçimde daha geniş bir alana uygulanmakta olan fikirlerin hareket noktasıdır. Hareketlerimizi yöneten davranış kurallarının çoğunun ve bu düzenlilikten doğan kurumların ekserisinin, herhangi bir kimsenin toplumun düzenine dahil olan muayyen gerçeklerin tamamını bilinçli olarak hesaba katmasının imkânsızlığına intibaklar olduğu, baş iddialarımızdan birini teşkil edecektir. Özellikle, göreceğiz ki, adaletin mümkün olması bizim maddi bilgimizin bu mecburi sınırlılığına dayanmaktadır; bundan dolayı adaletin mahiyetini kavrama kabiliyeti (feraseti), daimi olarak her şeyi bilme faraziyesine dayanarak fikir ileri süren hiçbir kurucu rasyonaliste nasip olmamaktadır.

Bu temel hakikatin burada vurgulanması gereken diğer bir sonucu şudur: Yalnızca ilkel toplumların küçük gruplarında, toplumun mensupları arasındaki işbirliği, genellikle, toplumun üyelerinin her an az çok aynı muayyen şartları bilecek olması durumuna dayanır. Bu tür küçük gruplarda bazı bilge insanlar derhal algılanan şartları (durumları) yorumlamakta veya diğerlerince bilinmeyen şeyleri hatırlamakta daha iyi olabilir. Fakat insanların günlük meşgalelerinde karşılaşacakları somut vakalar hemen hemen tamamıyla hepsi için aynı olacak ve insanlar beraber hareket

edeceklerdir; çünkü bu toplumda insanların haberdar oldukları olaylar ve yöneldikleri hedefler aşağı yukarı aynıdır.

Milyonlarca insanın karşılıklı olarak birbirini etkilediği ve uygarlığın bildiğimiz şekliyle içinde geliştiği Büyük[8] veya Açık Toplum'da durum tamamıyla farklıdır. İktisat ilmi, böyle bir durumun istilzam ettiği 'işbölümü'nü uzun zamandır vurgulamaktadır. Fakat, bilginin parçalılığı üzerine, toplumun her bir mensubunun herkes tarafından sahip olunan bilginin ancak küçük bir kısmına malik bulunduğu ve bu sebeple toplumun işleyişinin dayandığı olguların çoğundan habersiz olduğu gerçekleri üzerine daha zayıf bir vurgu koymaktadır. Ancak, herhangi bir kimsenin sahip olabileceğinden çok daha fazla bilgiden istifade edilmesi ve bundan dolayı, her bir bireyin unsurlarının çoğu kendisi tarafından bilinmeyen bir yapı içerisinde hareket etmekte olması bütün yüksek medeniyetlerin ayırt edici özelliğini teşkil etmektedir.

Gerçekten, uygar toplumda bir bireyin sahip olabileceği bilgi onun diğerleri tarafından sahip olunan bilgiden elde ettiği faydadan daha büyük olamaz işte bu olgu onun, sadece acil (zorunlu) fiziksel ihtiyaçlarının tatmini amacını izlemekle kalmayıp, sonsuz derecede geniş amaçlar peşinde koşma yeteneğine doğurmaktadır. Hakikaten, 'uygar' bir birey çok cahil, hatta bir vahşiden daha bilgisiz olabilir; ve lâkin, içinde yaşadığı medeniyetten muazzam biçimde istifade edebilir.

Kurucu rasyonalistlerin bu konudaki karakteristik hatası şudur: Onlar fikirlerini sinoptik yanılgı olarak adlandırılan şeye, yani, bütün ilgili gerçeklerin bir tek akıl tarafından bilinebildiği ve ayrıntılarla ilgili bu bilgiden hareketle arzuya şayan bir sosyal düzenin inşa edilebileceği hayaline istinat ettirmeye meylederler. Bazen bu yanılgı önceden tasarlanarak planlanmış bir toplumun hayranları tarafından acıklı bir saflıkla ifade edilir; onlardan birinin, 'eş zamanlı düşünme sanatının, çok sayıdaki birbirleriyle bağlantılı fenomenlerle aynı zamanda meşgul olma ve bu fenomenlerin hem niteliksel hem niceliksel vasıflarını tek bir tabloda terkip edebilme yeteneğinin gelişmesini hayal ettiği vakit olduğu gibi. Kurucu rasyonalistler bu rüyanın, budalaca, toplumu anlamaya veya biçimlendirmeye yönelik her teşebbüsün meydana getireceği merkezi problemi, yani sosyal düzene dahil olan bütün verileri nicelenebilir bir

bütün olarak toplamaya muktedir olmadığımızı göz ardı ettiğinden habersiz görünmektedir. Ancak, bu tarz bir yaklaşımın sonucu olan güzelim planlar tarafından, bu planlar son derece düzenli, fevkalade açık ve mükemmel bir kolaylıkla anlaşılır olduğu için büyülenenler, sinoptik yanılgının kurbanlarıdırlar ve bu planların görünürdeki açıklıklarını plancının bilmediği tüm gerçekleri ihmal edişine borçlu olduklarını unutmaktadırlar.

Maddi bilgi ve bilim

Günümüz insanının, bilgisi üzerindeki yapısal sınırlılıkların bütün toplumun rasyonel olarak inşa edilmesine daimi bir engel teşkil ettiğini kabul etmekte böylesine isteksiz hale gelmiş oluşunun baş sebebi, onun bilimin güçlerine duyduğu sınırsız güvendir. Bilimsel bilginin süratli ilerleyişi hakkında öyle çok şey işitiriz ki, bilimin önündeki tüm sınırların pek yakında ortadan kalkmaya mecbur olduğunu hissetme noktasına geliriz. Bununla beraber, bu güven bilimin güçleri ve görevleriyle ilgili bir yanlış anlayışa dayanır. Bu yanlış anlayış, bilimin muayyen gerçekleri anlamanın bir metodu olduğu ve bilimsel tekniklerin ilerleyişinin bizi isteyebileceğimiz bütün muayyen gerçekleri öğrenmeye ve onları yönlendirmeye muktedir kılacağı hatalı kanaatidir.

Uygarlığımızın bilgisizliğin fethedilmesine dayandığını söylemek, şüphesiz, bir anlamda, sadece basmakalıp konuşmaktır. Lâkin, bu ifadeye olan alışıklığımız onun içindeki en önemli noktayı, yani medeniyetin hepimizin sahip olmadığımız bilgiden yararlanmakta oluşumuz gerçeğine dayandığını bizden saklamaktadır. Ve bireysel bilginin miktarı üzerindeki sınırlılığı aşmakta medeniyetin bize yardımcı oluş yollarından biri, bilgisizliğin fethedilmesidir; daha fazla bilginin iktisap edilmesiyle değil, fakat yaygın biçimde bireyler arasında dağılmış olan ve bireyler arasında dağılmış olarak kalan bilginin kullanılmasıyla. Bu sebeple, bizim burada meşgul olduğumuz bilginin sınırlılığı olgusu bilimin üstesinden gelebileceği bir sınırlılık değildir. Yaygın şekilde benimsenen bir kanaatin tersine, bilim muayyen gerçeklerin bilgisinden mürekkep değildir ve çok kompleks fenomenlerle meşgul olmada, bilimin güçleri, aynı zamanda, ilmi teoriler bize spesifik olayları önceden görmek kudretini verecek olursa bilmek zorunda olacağımız bütün muayyen gerçekleri tahkik ve tayin edebilmenin pratik olarak imkânsızlığıyla da sınırlıdır. Maddi dünyanın nispeten basit

fenomenlerinin incelenmesi, bu inceleme alanında tayin edici ilişkileri muayyen durumlarda kolayca tahkik edilebilecek birkaç değişkenin fonksiyonları şeklinde ifade etmenin olanaklı olduğu ispat edilmiş ve bunun sonucu olarak bu değişkenlerle meşgul olan disiplinlerin hayret verici gelişmesi mümkün olmuştur -pek yakında aynı şeyin daha karmaşık fenomenler bakımından da geçerli olacağı hayalini yaratmıştır. Fakat ne bilim ne de bilinen herhangi bir metot, bizi, hiçbir aklın ve bu sebeple, aynı zamanda, hiçbir önceden tasarlanarak yöneltilmiş eylemin, bazı insanlarca bilinen fakat bir bütün olarak hiç kimse tarafından bilinmeyen bütün belirli gerçekleri hesaba katamayacağı gerçeğini aşmaya muktedir kılabilir.

Hakikaten, bilim, belirli olayları açıklama ve önceden haber vermede görece basit fenomenler (veya en azından nispeten basit 'kapalı sistemleri' aşağı yukarı tecrit edebildiği alanlar söz konusu ise başarılıdır. Fakat sıra teorilerini çok karmaşık fenomenlere tatbik etmeye gelince, aynı maddi bilgisizlik engeliyle karşılaşır. Bazı alanlarda bilim bize, hatırı sayılır ölçüde, kimi fenomenlerin genel niteliklerini kavrama kabiliyeti veren, fakat hiçbir zaman tek tek vakalarla ilgili kehanetler veya onlar hakkında tam bir izahat üretmeyecek olan -çünkü, basitçe, bu teorilere göre, böyle somut mütalaalara varmak için bilmek mecburiyetinde kalacağımız belirli gerçekleri asla bilemeyiz' önemli teoriler geliştirmiştir. Bunun en iyi örneği Darvinci (veya Neo-Darwinci) biyolojik organizmaların evrimi teorisidir Ortaya çıkmış olan muayyen formların seçilmesi (ayıklanması)üzerinde tesirli olan belirli geçmiş olguları öğrenmek (tahkik etmek) mümkün olsa, bu, mevcut organizmaların yapısının tam olarak izah edilmesini olanaklı kılacaktır; ve benzer şekilde, bu formlar üzerinde gelecekteki bir zaman süresince etkili olacak muayyen olguları anlamak mümkün olsa, bu bizi istikbaldeki gelişmeyi öngörmeye muktedir kılmak durumunda olacaktır. Lâkin, şüphesiz, bunların ne birini ne öbürünü yapmaya hiçbir zaman muktedir olamayacağız; çünkü, bilim böyle bir kahramanlık icra etmek için sahip olmak mecburiyetinde kalacağı belirli gerçekleri tam olarak bilmek için hiçbir araca malik değildir.

Bilimin hedefi ve kudreti hakkında, bu noktada bahsedilmesi yararlı olacak, ilkiyle bağlantılı bir diğer hata vardır. Bu, bilimin neyin var olabileceğiyle değil, münhasıran neyin var olduğuyla alakalı olduğu inancıdır. Fakat bilimin değeri genellikle bize bazı olgular olduklarından farklı olursa ne

olacağını söylemesinde ortaya çıkmaktadır. Teorik bilimin bütün beyanları 'eğer... o zaman' biçiminde (şartlı) ifadelerdir ve esas itibariyle 'şartlı' cümleye dercettiğimiz şartlar fiiliyatta var olanlardan farklı oldukları sürece ilginçtirler.

Bu hata belki hiçbir alanda siyaset biliminde olduğu kadar vahim değildir. O, siyaset biliminde, hakikaten, önemli problemlerin ciddi bir şekilde incelenmesine engel teşkil etmektedir. Burada, bilimin gözlemlenmiş gerçeklerin bir araya toplanmasından ibaret olduğu yolundaki yanlış kanaat, araştırmanın var olanın sorgulanmasına mahkum edilmesine yol açmıştır. Halbuki bilimin asıl değeri bize şartların bazı bakımlardan olduklarından farklı hale getirilmesi durumunda sonuçların ne olacağını söylemektir.

Gittikçe artan sayıda sosyal bilimcinin çalışmalarını sosyal sistemin bazı parçalarında var olan şeylerin incelenmesiyle sınırlandırılması onların ulaştıkları sonuçların daha gerçekçi kılmaz, fakat bu sonuçları genellikle gelecekle ilgili çoğu kararlarla ilgisiz hale getirir. Verimli sosyal bilim ekseriya olmayanla ilgili bir çalışma hüviyetini taşımak, bazı değiştirilebilir şartların farklılaşması halinde varlık alanına girmesi muhtemel dünyaların hipotetik modellerinin bir kurgusu olmak zorundadır. Esasen, bize eğer bazı şartlar daha önce hiç olmadıkları gibi olur iseler sonuçların ne olacağını söylemesi için bir bilimsel teoriye ihtiyacımız vardır. Bütün bilimsel bilgi belirli gerçeklerin (olguların) değil, fakat, şimdiye kadar kendilerini reddetmek üzere yapılmış sistematik teşebbüslere karşı dayanmış (ayakta kalmış) olan hipotezlerin bilgisidir.

Aklın ve toplumun birlikte evrimi: Kuralların rolü

Kurucu rasyonalizmin yanılgıları, Kartezyen dualizmle, yani, tabiat evreninin dışında bulunan ve başından itibaren kendisiyle donanmış insanı içinde yaşadığı kültür ve toplumun müesseselerini dizayn etmeye muktedir kılan, bağımsız biçimde mevcut bir akıl mefhumuyla yakından bağlantılıdır. Şüphesiz, gerçek şudur: Akıl insanın içinde yaşadığı tabiî ve sosyal çevreye bir intibaktır ve toplumun yapısını belirleyen müesseselerle daimi bir karşılıklı etkileşim içinde gelişmiştir. Akıl, bu müesseseler üzerinde işleyen ve onları değiştiren bir şey olduğu kadar içinde geliştiği ve kendisinin yaratmadığı sosyal çevrenin mahsulüdür de. Akıl, insanın toplum içinde gelişmiş olmasının ve içinde yaşadığı grubun beka şansını artırmış olan

alışkanlıktan ve uygulamaları elde etmiş olmasının ürünüdür. Toplumsal hayatı mümkün kılmış olan müesseseleri dizayn eden, daha toplumun mevcudiyetinden önce kâmilen gelişmiş bir akıl mefhumu, insan cinsinin evrimi hakkında bildiğimiz her şeye muhalif'tir.

İnsanın içinde doğduğu kültür mirası, bir grup insanı başarılı kıldığı için geçerli hale gelen, arzu edilmiş neticeleri yaratacaktan önceden bilindiği için benimsenmiş olmayan bir davranış kuralları ve davranış tarzları karmaşık yumağından oluşmaktadır. İnsan düşünmeden önce hareket etmiştir ve hareket etmeden önce anlamamıştır. İdrak diye adlandırdığımız şey, nihai tahlilde, insanın çevresine onun bekasına yardım eden bir hareketler kalıbıyla cevap verme kabiliyetinden ibarettir. Bu hususu, davranışçılık ve pragmatizm de zikretmektedir, bununla beraber, pragmatizm ve davranışçılık, tayin edici ilişkileri, onların değerinin anlaşılmasına yardım etmekten çok engel teşkil edecek biçimde, kabaca ve aşırı ölçüde basitleştirmektedir.

'Tecrübe ile öğrenmek', insanlar arasında da, hayvanlar arasında olduğundan daha az olmamak üzere, esasen, bir muhakeme sonucu olarak değil, fakat, başarılı oldukları için geçerli hale gelen pratiklere -çok defa o pratiğe göre hareket eden bireye kolayca müşahede edilen herhangi bir fayda sağladıkları için değil, fakat bireyin ait olduğu grubun hayatta kalma şansını artırdıkları için başarılı olan pratiklere- riayet edilmesi, bu pratiklerin yayılması, nakledilmesi ve gelişmesi sürecidir.[9] Bu gelişmenin sonucu, ilk önce, kelimelerle telaffuz edilmiş bilgi değil, fakat, kurallar biçiminde tarif edilebilecek olmasına rağmen, bireyin kelimelerle ifade edemeyeceği, ancak, yalnızca, tatbikatta saygı göstermeye muktedir olduğu bilgi olacaktır. Akıl, davranış kuralları gibi kurallardan, yani, akim yapmış olmadığı, fakat, onlara uygun davranışlar rakip bireylerin veya grupların davranışlarından daha başarılı çıktığı için bireylerin davranışlarına hükmetme durumuna gelen kurallardan mürekkep bir sistem yapma durumunda değildir.[10]

İnsanın belirli bir sonucu elde etmek için uyması icap eden pratikler ile uymak zorunda olduğu pratikler arasında başlangıçta hiçbir fark yoktur. Şeyleri yapmanın ancak tek bir yerleşik yolu vardır ve sebep ve sonuç bilgisi ile münasip veya müsaade edilebilir davranış biçiminin bilgisi birbirinden ayrı değildir. Dünya bilgisi insanın belirli durumlarda neyi

yapması veya yapmaması gerektiğinin bilgisidir. Ve tehlikeden kaçınmakta, insanın, neyi asla yapmaması gerektiğini bilmesi muayyen bir amacı elde etmek için ne yapması gerektiğini bilmesi kadar önemlidir.

Nitekim, davranış kuralları bir bilinen amacın elde edilmesinin önceden keşfedilen şartlan olarak gelişmemiş, fakat o kuralları tatbik eden gruplar daha başarılı olduğu ve diğerlerinin yerini aldığı için tekâmül etmiştir. Bunlar, insanın içinde yaşadığı çevre veri alındığında, onları uygulayan daha çok sayıdaki bireylerin ve grupların varlığını sürdürmesini sağlamış olan kurallardır. İnsan tarafından ancak, kısmen bilinen bir dünyada bireyin kendisini başarıyla sevk etmesi problemi, böylece, insana gayet güzel hizmet eden fakat insanın Kartezyen anlamda doğru olduğunu bilmediği ve bilemeyeceği kuralları izlemek suretiyle halledilmiştir.

Bundan dolayı, insan davranışını yöneten ve insan davranışını akla uygun kılan kuralların, bu eserin başından sonuna kadar vurgulayacağımız iki niteliği vardır. Kurucu yaklaşım itiraz kabul etmez biçimde bu gibi kuralları izlemenin rasyonel olabileceğini inkâr eder. Şüphesiz ileri bir toplumda kuralların hepsi değil, bazıları bu türden olacaktır; vurgulamak istediğimiz şey yalnızca şudur: İleri toplumlar dahi düzenlerini kısmen bu cinsten bazı kurallara borçlu olurlar.

Davranış kurallarının çoğunun orijinal olarak sahip bulunduğu bu niteliklerin ilki şudur: Bu kurallara, hareket eden bireyler onları (kelimelerle veya açık olarak) telaffuz edilmiş biçimde bilmeksizin, davranış içinde riayet edilir. Onlar, kendilerini, kesin olarak tasvir edilebilecek olan bir davranış düzenliliği içinde açıkça göstereceklerdir, fakat, bu davranış düzenliliği davranışları yapan bireylerin bu kuralları kelimelerle ifade etmeye muktedir oluşlarının neticesi değildir. İkinci nitelik şudur: Bu tür kurallar, gerçekten, bünyesinde tatbik edildikleri gruplara üstün güç verdikleri için -lâkin bu sonuç o kurallar tarafından rehberlik edilenlerce bilinir olduğu için değil- kendilerine riayet edilir hale gelirler. Bu tür kuralların onların gözlenmesinin belirli sonuçlar üretmesi yüzünden genel olarak kabul edilme durumuna gelmesine rağmen, onlar, bu sonuçların - davranış içindeki bireyin bilmesi icap etmeyen sonuçlar- hasıl edilmesi niyetiyle gözlenmezler.

Burada, insanların, çoğu zaman son derece soyut olan bu tür davranış kurallarını, birbirlerinden, örnek ve taklit (veya 'kıyas') yoluyla, ne örnekleri ortaya koyan ne de örneklerden öğrenen kişilerin sıkı bir şekilde izledikleri kuralların varlığının bilinçli biçimde farkında olmasına rağmen, nasıl öğrenebildikleri yolundaki müşkül meseleyi uzun boylu tahlil edemeyiz. Bu, bizim, en fazla, daha önce hiç işitmedikleri en karmaşık ifadeleri doğru olarak meydana getirmeye muktedir olan çocukların dil öğrenmesi sürecinde karşımıza çıkan bir problemdir.[11] Fakat aynı durum, töreler, ahlak ve çoğu beceriler gibi, nasıl takip edeceğimizi bildiğimiz fakat ifade etmeye muktedir olmadığımız kurallar tarafından yol gösterildiğimiz sahalarda da vuku bulur.

Önemli olan nokta şudur: Belirli bir kültür içinde yaşayan her insan kendi bünyesinde kurallar bulacak veya belirli kurallara uygun olarak hareket ettiğini keşfedecektir -ve benzer şekilde diğer insanların eylemlerini çeşitli kurallara uyuyor veya uymuyor olma özelliklerine göre değerlendirecektir. Bu, kuşkusuz, bu kuralların, 'insan tabiatı'nın daimi veya değiştirilemez bir parçası olduğunun veya insanın yaradılışından geldiğinin kanıtı değildir, fakat, sadece muhtemelen sürekli olacak, özellikle kelimelerle ifade edilmedikleri ve dolayısıyla tartışılmadıkları veya bilinçli biçimde tetkik edilmedikleri sürece hayli sürekli olacak, bir kültürel miras olduğunun kanıtıdır.

Yanlış 'tabii' ve 'suni' ikiliği

Burada meşgul olduğumuz meselelerin tartışılması Kadim Yunanlılar tarafından ortaya konulmuş olan ve henüz şaşırtıcı etkilerinden kendimizi tamamıyla azade kılamadığımız bir yanıltıcı ayırımın cihanşumül kabulü tarafından uzun müddet engellenmiştir. Bu, modern terimlerle, 'doğal' olan şeylerle 'yapay' olan şeyler arasındaki ayırımdır. Milattan önce beşinci asrın Sofistleri tarafından takdim edilmiş görünen orijinal Yunan terimleri, 'doğa tarafından' anlamına gelen physei ve bunun tersi olarak, ya 'sözleşme ile' biçiminde en iyi karşılığı verilen no-mâ, ya da kabaca 'tasarlanmış eylem ile' anlamına gelen thesei idi. iki terimin biraz farklı manalarla ayırımın ikinci kısmını ifade etmek için kullanılması o zamandan beri tartışmayı kuşatan karışıklığı delalet etmektedir. Kastedilen ayırım ya müstakilen var olmuş şeyler ile insan eyleminin sonuçlan olan şeyler ile insan dizaynının

mahsulü olarak ortaya çıkmış şeyler arasında, ya da insan dizaynından bağımsız olarak zuhur etmiş şeyler ile insan dizaynının mahsulü olarak ortaya çıkmış şeyler arasında olabilir. Bu iki anlam arasında ayırım yapmadaki başarısızlık, bir yazarın, belirli bir fenomenle ilgili olarak, başka bir yazar aynı fenomeni aşikar biçimde insan dizaynının sonucu olmadığı için doğal şekilde tanımlayabilirken, söz konusu fenomenin, insan dizaynının sonucu olması yüzünden, yapay olduğunu ilen sürebildiği bir durum meydana getirdi. On sekizinci yüzyıla, bu yüzyılda Bernard Mandeville ve David Hume gibi düşünürler tarafından izah edilene kadar, bu iki fenomen sınıfından ne birine ne de diğerine dahil bulunan, bu sebeple, daha sonra Adam Ferguson tarafından 'insan eyleminin sonucu, fakat insan dizaynının değil[12] biçiminde tasvir edilen ayrı bir üçüncü fenomenler sınıfı mevcut değildi. Bu sınıfa giren fenomenler izah edilmeleri ayrı bir teori grubu gerektiren ve teorik sosyal bilimlerin konularını temin eden fenomenlerdi.

Fakat Kadim Yunanlılar tarafından ortaya konulan ikili ayırımın tefekküre itiraz götürmez biçimde hükmettiği iki bin yılda, bu ayırım kavramlarda ve lisanda fazlasıyla kök saldı. Milattan sonra ikinci asırda, bir Latin gramercisi, Aulus Gellius, Yunanca terimler physei ve these'nin karşılığını naturalis ve positivus olarak verdi. Avrupa lisanlarının çoğu iki hukuk çeşidini tasvir etmekte kullandıkları kelimeleri bu terimlerden türetti.

Daha sonra, bu meseleler hakkında ortaçağ bilim adamları arasında yapılan tartışmalarda 'insan davranışının mahsulü olan fakat insan dizaynının mahsulü olmayan' fenomenler ara sınıfının tanınmasına yakın bir duruma öncülük eden umut verici bir gelişme vuku buldu. On ikinci yüzyılda bu yazarlardan bazıları naturalis terimine insan icadının veya tasarlanmış yaratımın ürünü olmayan her şeyi dahil etmeye başlamıştı[13]; ve zamanla pek çok sosyal fenomenin bu sınıfa girdiği gittikçe artan ölçüde kabul edilir oldu. Gerçekten, ortaçağ filozoflarının sonuncuları olan on altıncı yüzyıl Jesuitlerinin toplum problemleri tartışmalarında naturalis insan iradesince tasarlanmış biçimde şekil verilmemiş türden sosyal fenomenler için kullanılan teknik bir terim oldu. İspanyol Jesuitlerinden biri olan Luis Molina'nın çalışmalarında mesela, 'doğal fiyat'ın' kanunlarla ve fermanlarla ilişkisi olmaksızın, nesnenin kendisinden hasıl olduğu; fakat, insanların

düşünceleri, nesnenin farklı kullanımlarıyla ilgili tahminleri ve hatta çok defa heves ve zevkleri gibi onu değiştiren birçok şarta tabi bulunduğu için doğal fiyat olarak adlandırıldığı izah edilmektedir[14]. Hakikaten, bizim bu atalarımız, 'insan cinsinin bilmezliği ve yanılabilirliği düşüncesi içinde hareket etti' ve düşündü ve mesela, bir malın adil bir şekilde satılabileceği kati matematiksel fiyatın yalnızca Tanrı tarafından bilindiğini, çünkü bu fiyatın herhangi bir kimsenin bilebileceğinden çok daha fazla sayıda şartlara bağlı olduğunu, bu sebeple 'adil fiyat'ın belirlenmesinin piyasaya bırakılması gerektiğini ileri sürdü.[15]

Mamafih, evrimci yaklaşımın bu ilk adımları, on altıncı ve on yedinci yüzyıllarda, kurucu rasyonalizmin yükselmesiyle bastırıldı. Bu bastırışın sonucu, hem 'akıl' teriminin hem de' doğal hukuk' teriminin anlamlarını tamamıyla değişmeleriydi. 'Akıl' ki o zamana kadar beyinin iyi ve kötü arasında, yani yerleşik kurallara uyan ve uymayan şeyler arasında tefrik yapma yeteneğini kapsamıştı[16]-, aşikar öncüllerden istidlal yoluyla bu gibi kurallar inşa etme yeteneği anlamına gelir oldu. O veçhile doğal hukuk (kanun) kavramı 'aklın kanunu' terimine döndü ve daha önce geldiği anlamın tam tersine bir anlam taşımaya başladı. Grotius'un ve onun mirasını devralanların bu yeni rasyonalist doğal hukuku[17], gerçekten, doğal hukuk yaklaşımının pozitivist muhalifleriyle, bütün hukukun akıl tarafından yapıldığı, veya, en azından akıl tarafından kâmilen haklılaştırılabileceği fikrini paylaştı. Pozitivizmden, yalnızca, pozitivizm hukuku, hukukun arzuya şayan beşeri amaçların elde edilmesinde sahip olacağı etkilerle ilgili empirik bilgiye istinat eden tasarlanmış bir kurgu (yapım) olarak telakki ederken, kendisinin hukukun apriori öncüllerden mantıki olarak çıkartılabileceğini farz etmesi noktasında ayrıldı.

Evrimci yaklaşımın yükselmesi

Bu meselelerde antropomorfik düşünce tarzına Kartezyen yeniden sapıştan sonra Bemard Mandeville ve David Hume tarafından yeni bir başlangıç ve sıçrama gerçekleştirildi: Onlar, muhtemelen, tabiat kanunundan (tabii hukuktan) ziyade, özellikle Matthew Hale tarafından açıklanmış şekliyle, Common Law geleneğinden ilham almışlar, onun tarafından teşvik edilmişlerdi. Beşeri ilişkilerde insan davranışlarının bilinçli amacı olmayan düzenli kalıpların oluşumunun sistematik bir sosyal teorinin geliştirilmesi

ihtiyacını ortaya çıkardığı gittikçe daha çok görülür hale geldi. Bu ihtiyaç, iktisat alanında, Adam Smith ve Adam Ferguson tarafından öncülük edilen İskoçyalı ahlakçı filozoflar tarafından, on sekizinci asrın ikinci yansı zarfında karşılandı. Siyaset teorisi için çıkartılması gereken neticeler, mükemmel anlatımlarını, eserlerinde sistematik bir teoriyi boşuna arayacağımız, büyük kâhin Edmund Burke'de buldu. Evrimci yaklaşım İngiltere'de kuruculuğun Bentham'cı faydacılık formundaki tecavüzünden zarar görürken,[18] Kıta Avrupasında dilbilim ve hukuk 'tarihçi okulları'nda yeni bir hayatiyet (canlılık) kazandı.[19] İskoçyalı filozoflar tarafından yapılan başlangıçlardan sonra, sosyal fenomenlere evrimci yaklaşımın sistematik gelişmesi, esas itibariyle, Wilhelm von Humboldt ve F.C. von Savingny yoluyla Almanya'da meydana geldi. Uzun bir süre için, iktisat dışında insicamlı bir teorinin kazanıldığı yegâne alan olmasına rağmen, dilbilimdeki bu gelişmeyi ve halihazırda olduğundan daha iyi anlaşılmış olmayı hak eden, hukuk teorisinin, Roma İmparatorluğu zamanından beri, gramercilerden ödünç alman kavramlarla münbitleştirilme derecesini burada izah edemeyiz. Sosyal bilimlerde Savigny'in izleyicisi Sir Henry Maine yoluyladır ki evrimci yaklaşım İngiliz geleneğine yeniden girdi.[20] Ve Avusturya iktisat Okulu'nun kurucusu Carl Menger tarafından 1883'te yapılan sosyal bilimlerin metotlarıyla ilgili büyük tetkikte, kurumların kendiliğinden oluşumu probleminin bütün sosyal bilimler açısından taşıdığı merkezi konum ve bu problemin genetik mahiyeti kıtada en kâmil biçimde yeniden ifade edildi. Son zamanlarda bu gelenek en verimli biçimde kültürel antropoloji tarafından geliştirilmektedir, en azından bu disiplinin önder şahsiyetlerinden bazıları bu geleneğin tamamıyla farkındadır.

Evrim kavramı tartışmamızda merkezi bir rol oynayacağından, son zamanlarda toplum üzerinde çalışan araştırıcıları onu istihdam etmeye isteksiz kılan bazı yanılgıları ortadan kaldırmak önemlidir. Birincisi, evrimin sosyal bilimlerin biyolojiden ödünç aldığı bir mefhum olduğu yolundaki hatalı kanaattir. Aslında tam tersi olmuştur ve eğer Charles Darwin büyük ölçüde sosyal bilimlerden öğrenmiş olduğu bir fikri başarıyla biyolojiye tatbik etmeye muktedir olmuş ise bu, o fikri, ilk ortaya çıktığı alanda daha az önemli kılmaz. Dil ve ahlak, hukuk ve para gibi sosyal oluşumlarla ilgili tartışmalar münasebetiyledir ki, on sekizinci yüzyılda, evrim ve bir düzenin kendiliğinden oluşumu ikiz kavramları, en sonunda,

açıkça formüle edilmiş ve Darwin ile çağdaşlarının biyolojik evrime uygulamaya muvaffak olduğu entelektüel (fikri) aletleri tedarik etmiştir. Bu on sekizinci asır ahlakçı filozofları ile hukuk ve dil tarihçi okulları, gerçekten, pekâlâ, on dokuzuncu yüzyılın dil teorisyenlerinin bazılarının kendilerini tanımladıkları gibi Darwin'den önceki Darwinciler olarak tanımlanabilirlerdi.[21]

Kendisine evrim fikrini öğretmesi için Darwin'e ihtiyaç duyan bir on dokuzuncu yüzyıl sosyal teorisyeni ekmeğini hak etmezdi. Maalesef, bazıları bunu yaptı ve 'Sosyal Darwinizm' adı altında o dönemden beri sosyal bilimciler tarafından evrim fikriyle birlikte zikredilen itimatsızlıktan sorumlu olan görüşler üretti. Kuşkusuz, seleksiyon sürecinin, sosyal kurumların oluşumuna yol veren kültürel nakilde işleyiş tarzıyla, fıtri biyolojik niteliklerin seçiminde ve fizyolojik katılımla nakledilmesinde işleyiş tarzı arasında mühim farklar vardır. 'Sosyal Darwinizm'in hatası şuydu: O, kurumların ve pratiklerin seleksiyonundan ziyade bireylerin; ve bireylerin kültürel olarak nakledilmiş yeteneklerinden ziyade fıtri olarak nakledilmiş yeteneklerinin üzerinde yoğunlaşmıştı. Darwinci teorik şemanın bu İkincisine sadece sınırlı bir uygulanma kapasitesinin olmasına ve bu şemanın harfi harfine kullanımının vahim tahriflere yol açmasına rağmen, temel evrim fikri, yine de, her iki sahada da aynıdır.

Sosyal evrim teorisinin gözden düşmesine yol açan diğer büyük yanılgı, evrim teorisinin 'evrim kanunlarından mürekkep olduğu inancıdır. Bu, en fazla, 'hukuk' kelimesinin çok özel bir anlamında doğrudur ve genellikle zannedildiği gibi, evrim sürecinin bir yandan öbür yana geçmesi gereken ve çıkarsamalar yoluyla evrimin gelecekteki istikametiyle ilgili ön tahminlere olanak hazırlayan, belirli safhaların ve menzillerin zaruri silsilesi anlamında elbette doğru değildir. Hakiki evrim teorisi, bize, sonucu bizim açımızdan tamamıyla bilinmeyecek kadar çok olan pek çok sayıdaki muayyen olgulara dayanacak olan bir sürecin anlatılışından daha fazlasını sağlamaz ve bundan dolayı bizi gelecek hakkında kehanetlere sürüklemez. Sonuç olarak, biz, hakiki evrim teorisinde 'ilkenin izahları' ile veya yalnızca sürecin izleyeceği soyut kalıpla ilgili öngörüler ile sınırlıyız.[22]

Bütün evrimin güya gözlemden çıkartılmış sözde yasalarının, gerçekte, süreci izah eden meşru evrim teorisiyle hiçbir ilişkisi yoktur. Onlar Comte,

Hegel ve Marx'ın hakiki evrim teorisinden büsbütün farklı tarihsicilik fikirleri ile onların holistik yaklaşımından türerler ve evrimin önceden belirlenmiş bir sırayı izlemesi gerektiği yolunda tamamıyla mistik bir zorunluluk ileri sürerler. 'Evrim' teriminin orijinal anlamının, zaten özde ihtiva edilmekte olan potansiyellerin kademeli çözülüşüne (açılışına) işaret ettiğinin itiraf edilmesinin gerekmesine rağmen, biyolojik sosyal evrim teorisinin değişik karmaşık yapıların zuhurunu onun vasıtasıyla izah ettiği süreç bu tür bir belirli safhaların birbirini izlemesi durumuna delalet etmez. Evrim fikrinin, kendilerine, bir organizmanın veya bir sosyal müessesenin bir yandan öbür yana geçmesi gereken 'safhalar'ın veya 'menziller'in zorunlu sırasını işaret ettiği kimseler, bu sebeple, hiçbir bilimsel yetkisi olmayan, yukarıdaki gibi bir evrim fikrini reddetmekte mazurdurlar.

Bu noktada, evrim fikrini, sadece davranış kurallarının doğuşunun bir açıklaması olarak kullanmak için değil, fakat, yine meşru evrim teorisinde hiçbir temeli bulunmayan, lâkin, 'evrimi yasaları' sıfatıyla gözlemlenen eğilimlerden yapılan çıkarsamalara -ki bunların hiçbir haklı gerekçesi yoktur- mensup olan emredici (prescriptive) bir etik biliminin temeli olarak kullanmak için sık sık yapılan girişimlerden kısaca bahsedeceğiz. Hakiki evrim teorisini tam manasıyla anlayan bazı seçkin biyologların bu tür iddialarda bulunmaya teşvik edilmeleri yüzünden bunun burada söylenmesi icap etmektedir. Mamafih, bizim halihazırda ki meselemiz, sadece, evrim teorisinin antropoloji, etik ve de hukuk gibi mevzulardaki kötüye kullanılışlarının -ki bu suiistimaller bir müddet için evrim teorisini itibardan düşürmüştü- evriminin teorisinin mahiyetiyle ilgili bir yanlış anlamaya dayanmış olduğunun; ve eğer doğru anlamda kullanılırsa, sosyal teorinin meşgul olmak zorunda olduğu karmaşık ve kendiliğinden teşkil olmuş yapıların ancak bir evrim sürecinin sonucu olarak anlaşılabileceğinin hâlâ doğru olmaya devam ettiğinin; ve bu sebeple, 'genetik unsurun teorik bilimler düşüncesinden ayrılmaz olduğunun, 'gösterilmesidir.

Kuruculuğun günümüz düşünce hayatında devamı

Kurucu mugalatanın son üç yüz yıl boyunca en hür zihinli ve en cesur filozofların pek çoğunun tavırlarını belirleme derecesini tam olarak kavramak güçtür. Dinin, ahlakın ve hukukun kendilerine ait geleneksel kuralların muteberliğinin kaynağı ve temelleri olarak gösterdiği

gerekçelerin (sebeplerin) reddedilmesi, bu kuralların kendilerinin, rasyonel bir şekilde haklı çıkartılamadıkları sürece, reddedilmesinin yolunu açtı. Dönemin meşhur filozoflarının birçoğu, şöhretlerini, insan aklının, kendilerinin yararına olacak şekilde, böylece özgürleştirilmesine borçludur. Burada, bunu, sadece, neredeyse tamamen tesadüfi olarak, birkaç karakteristik örneği devşirmek suretiyle açıklayabiliriz[23].

En iyi bilinenlerden biri, şüphesiz, bizim burada esas olarak meşgul olacağımız problemle ilgili fikirleri şu tembihte ifadesini bulan Voltaire'dir: 'Eğer iyi kanunlar istiyorsanız, sahip olduklarınızı yakın ve yenilerini yapın. Daha da büyük bir etki Rousseau tarafından yapılmıştır. Rousseau hakkında şöyle denilmektedir:

Yaşayan insanlar tarafından irade edilmiş hukukun haricinde hiçbir hukuk yoktu, bu, Christian dahil, birçok bakımdan onun en büyük yanlışıydı, kem, bu, siyaset teorisindeki en büyük iddiasıydı. Yaptığı şey, ve bu yeterince devrimciydi, birçok insanın içinde yaşadıkları toplumun adaletine (olan) itikadının temellerini çürütmekti.

Ve Rousseau, toplumun, sanki bir düşünen varlıkmışçasına, adil olmasını talep etmek suretiyle bunu yaptı.

Haklı olduğu rasyonel olarak gösterilememiş veya 'bütün bireyler için açık ve ikna edici hale getirilmemiş davranış kuralının geçerliliğini tanımayı reddetme,- on dokuzuncu yüzyılda, devamlı tekrar edilen bir konudur. İki misal bu tavrı gösterecektir. O yüzyılın başlarında Alexander Herzen'i 'Ben, gerçekten özgür olan insan kendi ahlakını yaratacağı için, belli bir yaşa ulaşan kişinin bir kurallar kitabını kullanmak mecburiyetinde olmasından utanması gerektiğini düşünürken, sen bir kurallar kitabı istiyorsun' fikrini ileri sürerken buluruz. Ve çağdaş bir seçkin filozof, tamamıyla aynı tavır içinde, şunu ileri sürer: 'Aklın kudreti, aklın muhayyilemize dikte ettiği kurallarda değil, fakat tecrübe ve gelenekler yoluyla şartlandırıldığımız her çeşit kurallardan kendimizi azade kılmak yeteneğinde aranmalıdır'.

Bu kafa yapısının zamanımızın mümessil bir düşünürü tarafından en iyi şekilde tasviri Lord Keynes'in 'ilk inançlarım' adıyla yaptığı bir konuşmada da bulunur. Keynes, 1938'de, otuz beş yıl öncesi, yani 20 yaşında olduğu günler hakkında konuşarak, kendisi ve arkadaşları hakkında şöyle der:

Bizim üzerimizdeki genel kurallara itaat etme şahsi mükellefiyetini tamamıyla reddettik Her bireysel durum hakkında onun kendi meziyetlerine göre hüküm verme hakkı talep ettik ve bunu başarıyla yapmak için akıl, deneyim ve kendi kendini kontrol istedik. Bu bizim itikadımızın ihtirasla ve kavgacı bir şekilde benimsenen çok önemli bir parçasıydı ve dış dünya için o bizim en aşikâr ve en tehlikeli özelliğimizdir Âdetlere dayanan ahlaki teamülleri ve geleneksel meziyetleri bütünüyle reddettik. Yani terimin tam anlamında, immoralistlerdik... Tatbik veya itaat edilecek hiçbir ahlaki yükümlülük, hiçbir ruhi müeyyide tanımadık. Öbür dünyadan önce kendi durumumuzda kendi yargıcımız olmayı talep ettik

Lord Keynes bu söylediklerine şunu ekledi: 'Kendi namı hesabıma, değişmek için çok geç. Bir immoralistim ve daima öyle kalacağım'.

Birinci Dünya Savaşı'ndan önce yetişmiş herkes için, bunun o zaman Blomsbury Grubu'na mahsus bir tavır olarak kalmadığı, fakat zamanın en faal ve en serazat kimseler tarafından paylaşılan çok yaygın bir tavır haline geldiği âşikardır.

Antropomorfik lisanımız

Hatalı kurucu ve kurumsalcı tefsirlerin toplumsal fenomenlerle ilgili düşünüşümüze ne kadar derin biçimde nüfuz ettiği, sosyal fenomenleri zikrederken kullanmak mecburiyetinde olduğumuz terimlerin birçoğunun anlamını düşündüğümüzde daha iyi görülür. Hakikaten, bu kitabın her yerinde dile getireceğimiz hataların ekserisi lisanımızda öylesine köklü şekilde yerleşmiştir ki, yerleşik terimlerin kullanılması gafil bir kimseyi hemen hemen kaçınılmaz biçimde yanlış neticelere sürükleyecektir. Kullanmak mecburiyetinde olduğumuz lisan, insanların bir düzeni yalnızca dizaynın mahsulü olarak düşünebildiği ve fenomenlerde keşfettiği her düzeni bir kişisel dizayncının eyleminin kanıtı olarak mütalaa ettiği bir bin yıl zarfında gelişti. Bu sebeple, bizim açımızdan, pratik olarak bu tür düzenli yapıları veya onların işleyişini anlatmak için elde edilebilir olan bütün kavramlar bir bireysel amilin onları yarattığı fikriyle yüklüdür. Bu yüzden, bu kavramlar, mutat biçimde, insanları yanlış sonuçlara sürüklerler.

Bu, bir dereceye kadar, bütün bilimsel kavramlar için doğrudur. Biyoloji veya sosyal teoriden daha az olmamak üzere fiziksel bilimler de

antropomorfik menşeli terimlerden istifade etmek mecburiyetindeydi. Fakat, 'güç' ten, veya 'durgunluktan veya bir diğeri üzerinde 'tesir icra etmekte olan' (acting) bir cisimden (kütleden) söz eden fizikçi, bu terimleri, genellikle anlaşılmış, ihtimal, yanlış yola götürmeyecek teknik bir anlamda kullanır. Oysa, toplumdan 'hareket ediyor' şeklinde bahsetmek derhal çok yanıltıcı çağrışımları akla getirir.

Bu eğilimi, genellikle, terim bütünüyle doğru olmamasına rağmen, 'antropomorfizm' adıyla zikredeceğiz. Daha kesin olmak için, toplum gibi varlıkları, onlara bir akıl sahipliği atfederek kişileştiren ve layıkı veçhile antropomorfizm veya animizm olarak tanımlanan daha da ilkel tavır ile, toplum gibi varlıkların düzenini ve işleyişini bazı açık - bilinen kişilerin dizaynına atfeden ve intentionalism, artificialism[24] veya bizim bu çalışmada yaptığımız gibi kuruculuk kelimesiyle daha iyi tanımlanan birazcık daha sofistike tefsiri birbirinden tefrik etmek zorundayız. Bununla beraber, bu iki eğilim birbiriyle az veya çok hissedilir biçimde çakışır. Biz amaçlarımız açısından, daha ince bir ayrım yapmaksızın genel olarak 'antropomorfizm'i kullanacağız.

Burada meşgul olacağımız kendiliğinden doğan düzenlerin irdelenmesi işinde kullanılabilir bütün kelimeler bunun gibi yanlış yönlendirici ifadelere malık olduğu için, hangi kelimeleri antropomorfik olmayan anlamda istihdam edeceğimize ve hangilerini sadece niyet veya dizaynı kastetmek istersek kullanacağımıza karar vermekte birazcık keyfi olmak zorundayız. Mamafih, açıklığı korumak için, birçok kelimeyi ya sadece önceden tasarlanmış yapımların sonuçlan için, ya da sadece kendiliğinden doğan oluşumların sonuçları için kullanmamız, fakat her ikisi için birlikte kullanmaktan kaçınmamız elzemdir. Bununla beraber, bazen, düzen teriminin durumunda olduğu gibi, aynı kelimeyi hem kendiliğinden doğan düzenleri ve hem de 'organizasyonları' veya 'düzenlemeleri' kapsayan nötr bir anlamda kullanmak gerekecektir. Bu son iki terim -ki biz onları yalnızca dizaynın sonuçları için kullanacağız- dizayna delalet eden terimler bulmanın çok defa dizaynı hatıra getirmeyen terimler bulmak kadar müşkül olduğu gerçeğini açıklamaktadır. Biyolog, genel olarak, dizaynı kastetmeksizin, tereddütsüz, 'organizasyon'dan bahsedecektir. Lâkin bir organizmanın sadece bir organizasyona sahip olmadığını, ama bir

organizasyon olduğunu ve organizmanın organize edilmiş olduğunu söylese, bu tuhaf görünecektir. 'Organizasyon' teriminin modern siyasal düşüncenin gelişiminde oynadığı rol ve modern 'organizasyon teorisi'nin ona yüklediği anlam, mevcut bağlamda, terimin manasının sadece dizaynın sonuçlarıyla sınırlanmasını haklı kılar görünmektedir.

Bir imal edilmiş düzen ile kendi unsurlarının eylemlerinin düzenliliğinin sonucu olarak kendi kendisini biçimlendiren bir düzen arasındaki ayırım bundan sonraki bölümün esas konusu olacağından, burada üzerinde uzun uzadıya durmamıza gerek yoktur. 2. ciltte ele avuca gelmeme özelliği yüzünden hemen hemen kullanıldığı her ifadeye karışıklık taşıyan 'sosyal' kelimesinin aşağı yukarı değişmez biçimde anlam karıştırıcı olma vasfını epeyce tafsilatlı biçimde ele alacağız.

Toplumun 'hareket ettiği' veya bireylere 'muamele ettiği' bireyleri mükafatlandırdığı' veya bireylere hizmetinin karşılığını ödediği, veya nesneleri ve hizmetleri 'değerlendirdiği' yahut onlara 'sahip olduğu' veya onları kontrol ettiği veya bir şeyden 'sorumlu' veya 'suçlu' olduğu veya bir 'irade'ye yahut 'gaye'ye sahip olduğu, 'adil' yahut 'gayri adil' olabileceği, yahut ekonominin kaynakları 'dağıttığı' veya 'tahsis ettiği' gibi fikirlerin hepsinin, bu tür imalar yapmaksızın kullanılabilmeleri mümkün olabilen kelimelerin hatalı bir kurumsalcı ve kurucu yorumunu teşkil ettiğini ve bunun o kelimeleri kullananları âdeta kaçınılmaz biçimde gayri meşru sonuçlara sürüklediğini göreceğiz. Bu gibi karışıklıkların, bütün kuralların biri tarafından icat veya tasdik edilmiş olması gerektiği inancına tamamıyla kapılmış, son derece nüfuzlu düşünce okullarının fikirlerinin kökünde yattığını göreceğiz. Sadece, yanlış bir fikirle, tüm adil davranış kurallarının bir kimse tarafından taammüden yapıldığı farz edildiği vakit, bütün kanun yapma gücünün indi (arbitrary) olması gerektiği veya bütün hukukun daima kendisinden kaynaklandığı nihai bir 'egemen' güç kaynağının var olması gerektiği gibi mugalatalar akla yakın görünür. Siyaset teorisinin asırlık bilmecelerinin ekserisi ve siyasal müesseselerin evrimini derinlemesine etkilemiş kavramların çoğu bu karışıklığın mahsulüdür. Bu, hukuk teorisindeki, antropomorfik kavramlar kullanmaktan tamamıyla kaçınmış olmakla diğer bütün teorilerden daha fazla iftihar eden gelenek, yani pozitivizm için bilhassa doğrudur. Çünkü, dikkatle tetkik edildiğinde, pozitivizmin, baştan aşağı, kurucu yanlışlık olarak adlandırdığımız

yanılgıya dayandığı bulunur. Hukuki pozitivizm, gerçekten, harfi harfine alındığında, insanın bütün beşeri kültürünü ve müesseselerini 'yarattığı' anlamına gelen kurucu rasyonalizmin, bütün hukukun birinin iradesinin ürünü olan hayaline sürüklenmiş bir filizidir.

Belirsizliği sosyal teoride ve bilhassa bazı pozitif hukuk teorileri üzerinde benzer bir karıştırıcı etkide bulunan ve bu sebeple burada kısaca bahsedilmesi gereken bir diğer terim ' 'fonksiyon' (işlev) terimidir. O, biyolojik organizmalarda ve kendiliğinden doğan sosyal düzenlerde birbirine benzer şekilde bulduğumuz kendi kendini muhafaza eden yapıların irdelenmesinde hemen hemen vazgeçilmez bir terimdir. Bu tür bir fonksiyon, o fonksiyonu yerine getirmekte olan parça kendi hareketlerinin hangi amaca hizmet ettiğini bilmeksizin icra edilebilir. Fakat, pozitivist geleneğin karakteristik antropomorfizmi garip bir tahrife yol açmaktadır: Bir müessesenin bir fonksiyona hizmet ettiğinin keşfinden, fonksiyonu ifa eden kişilerin böyle yapmaya başka bir beşeri irade tarafından yöneltilmeleri gerektiği sonucu çıkarılmıştır. Böylelikle özel mülkiyet kurumunun toplumun kendiliğinden doğan düzeninin muhafazası için zorunlu bir fonksiyona hizmet ettiği yolundaki isabetli kavrayış bu amaç için bir otoritenin talimat verme kuvvetinin gerekli olduğu kanaatinin - bazı ülkelerin pozitivist telkin altında tanzim edilmiş anayasalarına bilhassa anlamlı biçimde yerleştirilmiş bir fikir- doğmasına yol açmıştır.

Akıl ve soyut düşünce

Kartezyen geleneğin kuruculuk olarak tasvir ettiğimiz taraflarından, kısaca, rasyonalizm olarak da söz edilir ve bu bir yanlış anlayışa sebep olmaya mütemayildir. Mesela, kurucu rasyonalizmin ilk eleştiricileri özellikle Bernard Mandeville ve David Hume hakkında 'anti-rasyonalistler' vasıflandırmasıyla konuşmak âdet olmuştur ve bu, 'anti-rasyonalistler'in, akim en etkili şekilde kullanılmasıyla, rasyonalistler unvanını özellikle talep eden filozoflardan çok daha az ilgili oldukları izlenimini yaratmıştır. Halbuki gerçek şudur: Sözüm ona antirasyonalistler derler ki, aklı mümkün olduğu kadar etkili (faydalı) kılmak, kurucu rasyonalizmin sahip olmadığı bir feraseti, müdrik aklın kudretinin sınırlarını ve farkında olmadığımız süreçlerden sağladığımız yararları kavrama zihni uyanıklığını gerektirir. Nitekim, eğer rasyonalizmle kastedilen aklı olabildiğince etkili kılmak ise,

ben kendim bir rasyonalistim. Bununla beraber, şayet terim müdrik akim tek tek her eylemi tayin etmesi anlamına geliyorsa, ben bir rasyonalist değilim ve bu tür bir rasyonalizm bana ziyadesiyle gayri makul görünmektedir. Aklın görevlerinden biri, elbette, kendi kontrolünü nereye kadar uzatacağını veya büsbütün kontrol edemediği diğer güçlere nereye kadar dayanmak mecburiyetinde olduğunu belirlemektir. O nedenle, bu hususta, 'rasyonalizm' ile 'anti-rasyonalizm' arasında değil, fakat kurucu ve evrimci veya Kari Popper'ın terimleriyle, saf ve eleştirici rasyonalizm arasında tefrik yapmak daha iyidir.

Rasyonalizmin 'soyut düşünce' özelliğine yönelik tavrı hakkında ekseriyetle benimsenen fikirler 'rasyonalizm' teriminin kesin olmayan manasıyla bağlantılıdır. Hatta bu isim çok defa soyut düşünceye gereğinden fazla düşkünlüğü tasvir etmek için kullanılır. Buna rağmen kurucu rasyonalizmin karakteristik özelliği, daha ziyade, soyut düşünceden memnun olmamasıdır o, soyut mefhumların, aklımızın bütünüyle hükmetmeye muktedir olmadığı somut karmaşıklıklarla (olaylar ve yapılarla) başa çıkmanın bir aracı olduğunu kabul etmez. Diğer taraftan, evrimci rasyonalizm, soyutlukları, aklın, onu, kendisinin tam anlamıyla kavrayamayacağı bir gerçeklikle meşgul olmaya muktedir kılan, vazgeçilmez bir aracı olarak kabul der. Bu, kurucu görüşün, soyutluğu, fiiliyatta soyutluk eylemleri onlar şuurda meydana çıkmadan veya lisanda izhar edilmeden önce belirleyen bütün vetireler tarafından malik olunan bir özellik iken, bilinçli düşünce veya telakkilerle sınırlaması gerçeğiyle bağlantılıdır. Her ne zaman bir hal tipi bir bireyde muayyen bir karşılık (cevap) kalıbına doğru bir istidat (istek) çağrıştırırsa 'soyut düşünce' olarak tasvir edilen temel ilişki mevcuttur. Bir merkezi sinir sistemine mahsus yeteneklerin, kesin olarak, muayyen uyarıcıların doğrudan doğruya hemen belirli cevaplan hatıra getirmemesi, fakat, belirli uyarıcı türleri veya dizileri için eylemlerin sınıflandırılması amacıyla kullanılacak istidatlar kurmayı mümkün kılması ve ancak çok sayıdaki bu tür istidatların üst üste konulmasının hasıl olacak belirli eylemi tavsif ve tayin etmesi gerçeklerinden ibaret olduğu hakkında pek az şüphe var olabilir. Başka bir yerde adlandırdığım gibi 'soyut düşüncenin bu üstünlüğü' elinizdeki kitabın başından sonuna göz önünde tutulacaktır.

Bu sebeple, soyutluk burada yalnızca bütün (bilinçli veya bilinçsiz) zihni süreçlerin daha az veya daha çok ölçüde sahip olduğu bir özellik (nitelik)

olarak mütalaa edilmekte kalmayacak, fakat aynı zamanda insanın kendisine mükemmellikten çok uzak şekilde bilinen bir dünyada başarılı olacak tarzda hareket etme kabiliyetinin temeli – etrafını saran şeylerle ilgili belirli gerçeklerin ekserisinden habersiz olmasına bir intibak – olarak da göz önünde tutulacaktır. Eylemlerimizi yöneten kurallar üzerindeki vurgulamamızın başlıca gayesi bütün zihni süreçlerin soyut karakterinin merkezi önemini ortaya çıkarmaktır.

Dolayısıyla, böyle addedildiğinde, soyut düşünce, aklın, kendisinin gerçekliği algılayışından mantık süreçleriyle ürettiği bir şey değildir, daha çok aklın kendileri aracılığıyla işlediği kategorilerin bir özelliğidir -aklın bir mahsulü olmaktan çok, aklı oluşturan şey-. Asla belirli bir durumla ilgili gerçeklerin hepsini tam olarak göz önünde tutaraktan davranmayız, davranamayız, fakat, daima, yalnızca o durumun bazı taraflarını ilgili noktalar olarak seçip ayırarak hareket ederiz, hareket edebiliriz; bilinçli tercihle veya tasarımlı seçimle değil, fakat üzerinde tasarımlı kontrol icra etmediğimiz bir mekanizma (oluş-işleyiş) ile.

Belki şimdi şu husus açık olacaktır: Eylemlerimizin çoğunun akıl ile ilgisiz olma karakteri üzerindeki daimi vurgumuz, bu davranma tarzının başarılı oluş sebeplerinden birini ortaya koymayı murad etmektedir. Yaptığımız şeyi niçin yaptığımızı tamamıyla idrak etmeye çalışmak mecburiyetinde olduğumuzu telkin etmeyi tasarlamamaktadır. Ve böylesine çok tecrübeden, bu tecrübelere sahip olduğumuzdan değil, fakat öyle olduğunu ister bilelim ister bilmeyelim, bu tecrübelerin bize kılavuzluk eden düşünce şemalarıyla birleşmiş olması sayesinde yararlanabildiğimizi ifade etmek istemektedir.

Bu durumun önlemeye çalışmamız gereken iki muhtemel yanlış anlaşılışı vardır. Biri, varlığından haberdar olmadığımız kurallarca rehberlik edilen eylemin çoğu defa 'içgüdüsel' veya 'sezgisel' sıfatlarıyla tarif edilmesidir. Biz burada yapılan eylemlerin çok genel veya soyut özelliklerini tayin eden yeteneklerle meşgulken, her iki kavramın ve özellikle 'sezgisel'in çoğunlukla tek ve nispeten somut olanın algılanmasını ima eder biçimde kullanılması dışında, bu kelimelerde fazla fenalık yoktur. Genellikle kullanıldığı üzere 'sezgisel' terimi davranışlarımızda izlediğimiz soyut kuralların sahip olmadığı cinsten bir vasıf (nitelik) hatıra getirir ve bu sebeple bu terimden kaçınılması iyidir.

Konumuzla ilgili diğer muhtemel yanlış anlama, davranışımızı yöneten kuralların pek çoğunun bilinç dışı olma karakteri üzerine yerleştirdiğimiz vurgulamanın, psiko-analiz veya 'depth-psychology' teorilerinin temelinde yatan bir şuursuz veya şuuraltı akıl fikriyle bağlantılı olduğu izlenimidir. Lâkin, bu iki görüş, bir ölçüye kadar aynı fenomenlerin bir açıklamasını yapmayı amaçlamış olabilmelerine rağmen, gerçekte tamamıyla farklıdırlar. Bilinçli bir akıldan sadece bilinçsiz olmakla ayrılan, bütün diğer bakımlardan tıpkı bilinçli akıl gibi rasyonel, hedef-arayıcı tarzda işleyen, bilinçsiz bir akıl fikrinin hiçbir kısmını kullanmayacağız ve aslında bunu haksız ve yanlış sayacağız. Bu cins mistik bir varlığı ispatsız kabul ederek, veya, akıl diye adlandırdığımız karmaşık düzeni beraberce meydana getiren (hasıl eden) çeşitli temayüllere ve kurallara, sonuç olarak meydana çıkan düzenin malik olduğu özelliklerden herhangi birini atfederek hiçbir şey elde edilemez. Psiko-analiz, bu cihetten, sadece, Kartezyen dualizmin 'makinesindeki hortlak'ı idare etmek için tutulan bir diğer hortlağı yaratmış görünmektedir.

Kurucu rasyonalizmin aşırı formları niçin mutat biçimde akla karşı bir isyana yol açar

Tanıtıcı mahiyetteki bu bölümün sonucunda bu kitabın alanını aşan, fakat, kitabın en acil bazı meselelerinin anlaşılması açısından hatırı sayılır ölçüde önemi olan bir fenomen üzerinde bazı gözlemlerde bulunmak yerinde olacaktır. Bilinçli aklın uygulamalarına hiçbir sınır tanımayan kurucu rasyonalizmin tarihi olarak tekrar tekrar akla karşı isyanlar doğurduğu gerçeğine işaret etmekteyiz. Gerçekten, bu gelişme -ki bu gelişme çerçevesinde aklın kudretleri hakkındaki bir abartma hayal kırıklığı yoluyla soyut aklın rehberliğine karşı şiddetli bir tepkiye ve belirli bir iradenin güçlerinin aşırı biçimde övülmesine yol açmaktadır-, asla paradoksal değildir, tersine, hemen hemen kaçınılmazdır.

Kurucu rasyonalistleri mutat biçimde iradenin tahta oturtulmasına sürükleyen yanılsama aklın soyut düşünce alanını aşabileceği ve kendi başına belirli eylemlerin arzu edilir olmasını tayin etmeye muktedir olduğu inancı içinde ortaya çıkmaktadır. Lâkin, daima, yalnızca belirli akılla ilgisiz uyarılar ile birleşim içindedir ki, akıl ne yapacağını belirleyebilir ve aklın işlevi esas itibariyle duygu üzerinde bir ölçülülük tazyiki olarak işlemek,

veya diğer etmenler tarafından sevk edilmiş davranışa yön vermektir. Sadece akim bize ne yapmak zorunda olduğumuzu söyleyebileceği ve bu sebeple bütün makul (akla yakın) insanların bir organizasyonun üyeleri hüviyetinde ortak gayeleri takip etme gayretinde birleşmeye muktedir olmak mecburiyetinde oldukları yanılgısı, bunu tatbikata koymaya teşebbüs ettiğimizde çabucak giderilir. Fakat aklımızı bütün toplumu rasyonel biçimde yönetilen bir makineye döndürmek için kullanmak arzusu yine de devam eder. Ve bunu gerçekleştirmek amacıyla, herkes üzerine akıl tarafından haklılaştırılamayacak ve belirli iradelerin kararlarından daha fazla birşey olmayacak olan ortak amaçlar yüklenir.

Akla karşı rasyonalist isyan, eğer onu böyle adlandırabilirsek, genellikle düşüncenin soyutluluğuna karşı ortaya çıkar. Bu isyan, bütün düşüncenin muhtelif derecelerde soyut olarak kalması gerektiğini ve bu sebeple kendi başına asla belirli eylemleri tamamen belirleyemeyeceğini kabul etmeyecektir. Akıl âdeta (yalnızca) çok defa bize ne yapmamızı söyleyecek olan bir disiplin, başarılı davranış imkânlarının sınırlarını süratle kavrama yeteneğidir. Bu disiplin, kesinlikle, zekâmızın gerçekliği bütün karmaşıklığıyla kavramaya yeterli olmaması yüzünden gereklidir. Soyut düşüncenin kullanılması, fikri bakımdan hakim olduğumuz fenomenler alanını genişletmesine rağmen, o, davranışlarımızın sonuçlarını (etkilerini) önceden sezebilmemizin derecesini ve bu sebeple, aynı zamanda, dünyayı kendi zevkimize göre şekillendirebilmemizin derecesini bazı genel özelliklerle sınırlandırarak bunu yapar. Bu nedenle liberalizm toplumun tüm düzeninin tasarımlı kontrolünü, ayrıntılarını önceden sezemeyeceğimiz bir kendiliğinden doğan düzenin oluşumu için gerekli olanlara benzer genel kuralların icrasıyla sınırlandırır.

Belki de hiç kimse liberalizm ile soyut düşünüşün sınırlı güçlerini kavrama kabiliyeti arasındaki bağlantıyı modern irrasyonalizmin ve totalitarizmin ana kaynağı olan G.W.F.Hegel'den daha aşikâr biçimde görmedi. 'Soyut düşünceye yapışan, somutun daima kendisine galip geldiği ve somuta karşı mücadelesinde her zaman batağa saplanan görüş liberalizmdir' diye yazdığı vakit, Hegel, herhangi bir zaman dilimi için, aklın sıkı disiplinine boyun eğmek ve duygularımıza devamlı olarak onun sınırlarını kırmak üzere müsaade etmek için henüz yeterince olgun olmadığımızı doğru biçimde anlattı.

Soyut düşünceye güvenme, bundan dolayı, aklımızın sınırlı güçlerinin abartılmasının bir sonucu değildir, daha ziyade, aklımızın sınırlı güçlerini kavrama yeteneğinin neticesidir. Soyut kurallara itaate karşı isyana sürükleyen şey, aklın güçlerinin abartılmasıdır. Kurucu rasyonalizm bu akıl disiplini için yapılan talebi reddeder, zira o kendini aklını bütün ayrıntılara doğrudan doğruya hakim olabileceği zannıyla aldatır; ve, o münasebetle, somutun soyuta, tek tek olanın genel olana tercih edilmesine yol açar, çünkü onun taraftarları, aklın gerçek kontrol mesafesini ne kadar fazla sınırladıklarını idrak etmezler. Aklın aşın gururu, kendisini, soyut düşünceden müstağni olabileceğine ve böylece somut üzerinde tam bir hakimiyete nail olabileceğine ve bu sebeple sosyal sürece pozitif bir şekilde hükmedebileceğine inanan kimselerde izhar eder. Hobbes'dan bu yana rasyonalist siyaset kuramına hakim olan ve Büyük Toplum'a yalnızca bireylerin veya önceden tasarlanarak yaratılmış organizasyonların sahip olabileceği özellikler atfeden, topluma bireyin hayaline göre yeni bir şekil verme ihtirası sadece rasyonel olma çabasını değil, fakat her şeyi rasyonel yapma çabasını da meydana çıkarır. Toplumu, içinde yaşamayı seveceğimiz anlamda iyi yapmaya gayret etmemiz gerekir. Fakat, onu, ahlaki biçimde davranması anlamında iyi yapamayız. Bilinçli davranışın standartlarını, sözcüğün hakiki anlamında sosyalin temsil ettiği bireysel eylemin niyetlenmemiş sonuçlarına uygulamanın manası yoktur, bunun niyetlenmemiş olanı bertaraf etmek -ki bu kültür olarak adlandırdığımız her şeyin bertaraf edilmesi demek olacaktır- suretiyle yapılması haricinde.

Büyük Toplum ile onun mümkün kıldığı uygarlık insanın büyüyen soyut düşünceyi nakletme kapasitesidir ve biz bütün insanların ortak sahip oldukları şeyin onların aklı olduğunu söylediğimizde onların soyut düşünce için ortak kapasitesini kastederiz. İnsanın bu kapasiteyi genellikle kendisine kılavuzluk eden soyut ilkeleri bilmeden kullanması ve kendisine bu şekilde rehberlik edilmesine müsaade edişinin sebeplerinin hepsini kavramaması öyle bir durum hasıl etmektedir ki, bu durumda, insanın bilincinde olduğu akıl güçlerinin aşırı biçimde abartılması, insanı, aklı fiilen olduğu kadar güçlü kılan şeyi, aklın soyut karakterini hakir görmeye sürüklemiş. Bu, soyutlamaların, aklımızın, aklın bütün ayrıntıları (tekliklere) hakim olmayı denemesi halinde yapabileceğinden daha ileriye gitmesine yardım ettiğini kabul etmeme halasıydı. Bu hata soyut akla muhalif bir felsefe okulları

ordusu hasıl etti- duyguyu, tekliği ve içgüdüyü göklere çıkaran ve sadece ırk, millet ve sınıf duyguları gibi duygulan desteklemeye ziyadesiyle hazır olan 'somut', 'hayat' ve 'varlık' felsefeleri.

Kurucu rasyonalizm, böylece, her şeyi rasyonel kontrole mevzu yapma gayretinde, somutu tercih edişinde ve soyut kuralların disiplinine boyun eğmeyi reddedişinde, irrasyonalizmle müşterek olmaktadır. Kuruculuk, yalnızca, nihai tahlilde akıldışı (non-rasyonel) olması gereken ve üzerlerinde hiçbir rasyonel muhakemenin, eğer daha başında mevcut değilse, anlaşma hasıl edemeyeceği belirli amaçlara hizmet edebilir.

İkinci Bölüm: KOZMOS VE TAXIS

Sistemin insanı..., bir büyük toplumun farklı farklı üyelerini, elin bir satranç tahtası üzerindeki taşlan düzenleyişi kadar kolay bir şekilde düzenleyebileceğim hayal eder görünmektedir. O satranç tahtası üzerindeki taşların, elin onlar üzerinde uyguladığının dışında başka hiçbir hareket usulü yoktur, fakat, insan toplumunun muazzam satranç tahtasında, her parça yasama organının onun üzerinde uygulamayı seçmiş olabileceğinden büsbütün farklı, kendi kendisine mahsus hareket usulüne sahiptir. Eğer bu iki ilke çakışır ve aynı istikamette işlerse, insan toplumu oyunu kolayca ve ahenk içinde devam edecek ve pek muhtemelen mutlu ve başarılı olacaktır. Eğer bu ilkeler zıt veya farklıysa, oyun bedbaht sürecek ve insan toplumunun her zaman en yüksek kargaşa mertebesinde olması gerekecektir.

Adam Smith[25]

Düzen kavramı

Bu kitabın tahlillerinin etrafında cereyan edeceği merkezi kavram, düzen kavramı ve bilhassa geçici olarak 'yapma' düzen ve 'büyümüş' düzen olarak adlandıracağımız iki düzen türü arasındaki ayırımdır. Düzen, bütün karmaşık fenomenlerin irdelenmesi için vazgeçilmez bir kavramdır, bu tür bir irdelemede düzen kavramı umumiyetle kanun kavramının daha basit fenomenlerin analizinde oynadığı rolü oynar[26]. 'Sistem', 'yapı' veya 'kalıp' ara sıra düzen kavramıyla benzer bir anlam ifade etmesine rağmen, düzeni tasvir etmekte kullanabileceğimiz, düzenden daha münasip bir terim yoktur. 'Düzen' teriminin, şüphesiz, sosyal bilimlerde uzun bir geçmişi vardır, fakat, son zamanlarda, çok defa, anlamının belirsizliği ve genellikle otoriteryen görüşlerle ilişkili olması yüzünden, bu kavramdan kaçılmaktadır. Mamafih, biz onsuz yapamayız ve onu istihdam edeceğimiz genel anlamı keskin biçimde tanımlayarak ve sonra böyle bir düzenin meydana gelebileceği iki yolu aşikâr şekilde tefrik ederek, yanlış anlamaları önleyeceğiz.

'Düzen' kavramıyla bir ilişkiler durumunu tasvir edeceğiz. Bu ilişkiler durumunda çok sayıdaki muhtelif türden unsurlar birbiriyle öylesine bağlantılıdırlar ki, bütünün bazı mekân-sal ve zamansal parçaları

hakkındaki bilgimizden, bütünün geri kalan kısmına ilişkin doğru beklentiler, en azından, doğru çıkmak için iyi bir şansı bulunan beklentiler terkip etmeyi öğrenebiliriz. Açıktır ki her toplum bu anlamda bir düzene sahip olmalıdır ve böyle bir düzen çok defa önceden tasarlanarak yaratılmış olmaksızın var olacaktır. Seçkin bir antropolog tarafından dendiği gibi, 'sosyal hayatta biraz düzen, insicam ve devamlılık olduğu açıktır. Eğer olmasaydı, hiçbirimiz ilişkilerimizi yürütemez hatta en temel ihtiyaçlarımızı tatmin etmeye muktedir olamazdık'[27].

Toplumun üyeleri olarak yaşamaya ve ihtiyaçlarımızın çoğunun giderilmesi için çeşitli biçimlerde diğer kimselerle işbirliğine muhtacız. Hedeflerimizin etkili biçimde takibi şüphesiz, diğer kimselerin eylemleriyle ilgili beklentilerimizin -ki planlarımız bu beklentilere istinad eder-, onların gerçekte yapacakları şeylere tekabül etmesine bağlıdır. Farklı bireylerin davranışlarını belirleyen amaçların ve beklentilerin bu uyuşumu düzenin kendini sosyal hayatta açıkça gösteriş şeklidir ve böyle bir düzenin nasıl zuhur ettiği bizim öncelikle üzerinde duracağımız konu olacaktır. Antropomorfik düşünce alışkanlıklarımızın neredeyse kaçınılmaz biçimde bizi sürüklediği ilk cevap bunun bazı düşünen beyinlerin tasarlaması sayesinde olduğudur. Düzen genellikle böyle biri tarafından önceden tasarlanarak yapılmış bir tanzim olarak yorumlanmış olduğu için kavram özgürlüğü savunanlar arasında rağbet görmemiş ve esas itibariyle otoriteryenler tarafından tercih edilmiştir. Bu yoruma göre, toplumda düzen, bir kumanda ve itaat ilişkisine veya toplumun bütünü içinde amirlerin iradesinin ve nihai olarak bir tek otoritenin iradesinin her bir bireyin ne yapması gerektiğini belirlediği hiyerarşik bir yapıya dayanmalıdır.

Düzen kavramının bu otoriteryen ifadesi, vakıa, tamamıyla, düzenin ancak ve ancak sistemin dışındaki güçler tarafından (veya 'dışsal olarak') yaratılabileceği inancından kaynaklanır.

O, piyasa genel teorisinin incelediği denge olayı gibi içeriden[28] (veya 'içsel olarak') kurulan bir dengeye tatbik edilemez. Bu tür bir kendiliğinden doğan düzen, birçok bakımlardan, bir yapma düzenin sahip olduğu özelliklerden farklı özelliklere sahiptir.

Düzenin iki kaynağı

Biyoloji, şüphesiz, doğuşundan beridir, kendiliğinden doğan düzenin bir organizma olarak adlandırmakta olduğumuz özel türüyle meşgul olmakta ise de, kendiliğinden doğan düzenlerin incelenmesi uzun süredir ekonomi teorisine mahsus bir görev olmuştur. Ancak yakın zamanlarda fiziksel bilimler dairesinde sibernetik adı altında kendi-kendini organize eden veya kendi-kendini üreten sistemler olarak adlandırılan şeylerle meşgul olan özel bir disiplin doğmuştur.

Bu çeşit bir düzeni, bir kimse tarafından bir dizinin unsurlarını yerlerine koymak veya onların hareketlerini yönetmek suretiyle yapılmış olan bir düzenden ayırmak, sosyal politika açısından olduğu kadar, toplumun süreçlerini anlamak için de vazgeçilmezdir. Her bir düzen türünü tasvir etmek için elverişli birkaç terim vardır. Şu ana kadar bir dışsal düzen veya bir düzenleme olarak zikrettiğimiz yapma düzen, aynı zamanda, bir kurgu, bir yapma düzen, veya, özellikle güdümlü bir sosyal düzenle meşgul olmak mecburiyetinde olduğumuz yerde, bir organizasyon olarak tanımlanabilir. Diğer taraftan, bir kendi kendini üreten veya içsel (endogenous) düzen olarak zikretmiş olduğumuz büyümüş düzen, İngilizcede münasip şekilde bir kendiliğinden doğan düzen olarak tanımlanabilir. Klasik Yunanca, iki düzen tipi için ayrı ayrı kelimelere, yani, mesela, muharebe düzeni gibi bir düzen için taxis'e ve bir büyümüş düzen için, orijinal olarak, 'bir devletteki veya bir toplumdaki doğru bir düzen' anlamına gelen kozmos'a sahip olmak talihine sahipti[29] Arada sırada bu Yunanca kelimelerden iki düzen çeşidini tasvir etmek amacıyla teknik terimler olarak yararlanacağız.

Sosyal teorinin, pek çok insanın davranışının ürünü olan ve fakat beşeri dizaynın mahsulü olmayan düzenli yapıların var olduğunun keşfiyle başladığını -bu keşif sayesinde bir konuya sahip olduğunu- söylemek abartma değildir. Bazı sahalarda bu genel olarak kabul edilir. Her ne kadar insanların dilin ve ahlakın dahi geçmişin bir kısım dahileri tarafından 'icat edilmiş' olduğuna inandıkları bir devre var olduysa da, bugün herkes onların sonuçları hiç kimse tarafından önceden sezilmemiş (anlaşılmamış) veya planlanmamış bir evrim sürecinin neticesi olduğunu kabul ve itiraf etmektedir. Fakat diğer alanlarda birçok kimseler hâlâ pek çok sayıdaki insanların karşılıklı etkileşim kalıplarının hiç kimsenin tasarımlı imali olmayan bir düzen sergileyebileceği iddiasını şüpheyle karşılamaktadır.

Bilhassa ekonomik sahada, Adam Smith'in 'görünmez el' ifadesine -ki o bu ifadeyle, kendi zamanının dilinde, insanın nasıl' amaçlarının hiç de parçası olmayan bir amacı geliştirmeye' teşvik edildiğini tasvir etmişti- eleştiriciler, hâlâ, kavrayışsız hicivler yağdırmaktadır. Eğer infial içindeki reformcular, mükemmel bir düzenin eksikliğini ima ederek, ha bire ekonomik işlerin kaosundan şikayet ediyorlarsa, bu kısmen tasarlanarak imal edilmemiş bir düzene akıl erdirememelerinden ve kısmen, onların nazarında bir düzenin somut amaçlar üzerinde çalışan bir şey, kendiliğinden doğan bir düzenin yapamayacağı bir şey demek olmasındandır.

Beklentilerin ve planların bu şekilde çakışmasının -ki bu piyasa düzenini ve ondan sağladığımız yararların mahiyetini tavsif eder- nasıl hasıl edildiğini daha sonra tetkik edeceğiz (bkz.cilt 2, bölüm 10). Şu an için sadece insan tarafından yapılmamış bir düzenin var olduğu gerçeğiyle ve bu hususun daha kolayca kabul edilmeyişinin sebepleriyle uğraşmaktayız. Ana sebep şudur: Piyasa düzeni gibi düzenler kendilerini bize bizim duyu sistemimiz çerçevesinde sunmazlar, fakat aklımız tarafından takip edilmek mecburiyetindedirler. Anlamlı eylemlerin bu düzenini göremeyiz veya bunun tersine, sezgisel olarak algılayanlayız, fakat yalnızca unsurları arasında mevcut ilişkileri izleyerek onu zihni olarak yeniden inşa etmeye muktedir olabiliriz.

Kendiliğinden doğan düzenlerin ayırıcı özellikleri

Düzeni bir yapma düzenle veya taxis ile özdeşleştirme alışkanlığımızın bir sonucu, tasarımlı düzenlemelerinin bazılarına beylik biçimde (muntazaman) ve bazılarına zorunlu olarak sahip olduğu belli özellikleri bütün düzenlere atfetmeye meyle-dişimizdir. Bu gibi düzenler nispeten basittir veya en azından, zorunlu olarak, yapıcının hâlâ teftiş edebileceği kadar ılımlı karmaşıklık dereceleriyle iktifa etmek durumundadır. Onlar, çoğunlukla, hemen yukarıda bahsettiğimiz, varlıklarının murakabe suretiyle sezgisel olarak algılanması anlamında somutturlar; ve son olarak, önceden tasarlanarak imal edilmiş olmak sebebiyle, daima yapıcının bir amacına hizmet ederler (veya vakti zamanında etmişlerdir). Bu özelliklerin hiçbiri bir kendiliğinden doğan düzen ve kozmos''a ait olmak mecburiyetinde değildir. Kendiliğinden doğan düzenin karmaşıklık derecesi bir insan aklının hakim olabileceği karmaşıklıkla sınırlı değildir. Onun mevcudiyeti

kendisini duyularımıza tecelli ettirmez, fakat sadece zihni olarak yeniden kurabileceğimiz, saf biçimde soyut olan ilişkilere istinat edebilir. Ve, varlığının farkında olmamız birbirinden fevkalade farklı amaçları başarıyla takibimiz açısından büyük önem taşımasına rağmen, yapılmamış olmasından ötürü, onun muayyen bir amaca sahip olduğu meşru biçimde söylenemez.

Kendiliğinden doğan düzenler karmaşık olmak mecburiyetinde değildirler. Fakat, beşeri düzenlemelere benzemeksizin, ileri karmaşıklık derecelerine erişebilirler. Bu kitaptaki ana tezlerimizden biri şudur: Herhangi bir tek beyinin tahkik veya manipüle edebileceğinden çok daha fazla miktardaki gerçekleri-olguları kapsayan çok karmaşık düzenler yalnızca kendiliğinden doğan düzenlerin oluşumunu teşvik eden güçler vasıtasıyla hasıl edilebilirler.

Kendiliğinden doğan düzenlerin soyut olarak adlandırdığımız şey olmaları icap etmez. Fakat çoğu defa, kendileri de soyut özelliklerle tanımlanan unsurlar arasındaki bir soyut ilişkiler sisteminden mürekkep olacaklardır ve bu sebeple, onların mahiyetini izah eden bir teorik temel olmaksızın, sezgisel olarak fark edilir ve tanınabilir olmayacaklardır. Bu gibi düzenlerin soyut mahiyetinin ehemmiyeti, kapsadıkları bütün belirli unsurlar ve hatta bu gibi unsurların sayıları değişirken, onların varlıklarını ısrarla sürdürmesi gerçeğine dayanır. Böyle bir düzeni idame ettirmek için zorunlu olan tek şey, belirli bir ilişkiler yapısının muhafaza edilmesi veya belirli bir türden (fakat değişebilir sayıda) unsurların belirli bir tarzda bağlantılı olmaya devam etmesidir.

Mamafih, burada en önemli şey, bir kendiliğinden doğan düzenin amaç kavramıyla ilişkisidir. Kendisinin dışındaki bir birim tarafından yaratılmaması yüzünden, mevcudiyetinin kendi çerçevesinde hareket eden bireylere çok faydalı olabilmesine rağmen, bu gibi bir düzenin hiçbir amacı yoktur. Fakat, farklı bir anlamda, düzenin, kendi unsurlarının gayeli eylemine dayandığı pekala söylenebilir; şüphesiz, 'gaye', düzenin unsurlarının eylemlerinin bu düzenin muhafazasını veya onarılmasını temin etmeye meyletmesinden daha fazla bir anlama gelmediği sürece. 'Gayeli'nin, bu anlamda, bazı biyologlar tarafından adlandırıldığı üzere, bir tür 'teleolojik stenografi' olarak kullanılmasının, unsurların amaçlarının

farkında olmasını kastetmediğimiz, fakat sadece, unsurların, düzenin muhafazasına yardım edici davranış düzenlilikleri edindiğini -ihtimal, belirli biçimde davranan unsurların sonuç olarak doğan düzen dairesinde böyle yapmayanlardan daha iyi bir hayatta kalma şansına sahip olması sayesinde- kastettiğimiz sürece, mahzuru yoktur. Bununla beraber, genel olarak bu hususta 'amaç' teriminden kaçınmak ve onun yerine 'fonksiyon'dan söz etmek tercihe şayandır.

Tabiattaki kendiliğinden doğan düzenler

Tabiatta bulduğumuz bazı kendiliğinden doğan düzenlerin mahiyetini gözden geçirmek öğretici olacaktır, çünkü bu düzenlerde kendiliğinden doğan düzenlerin bazı karakteristik özellikleri en açık şekilde kendini gösterir. Fiziksel dünyada, sadece onların oluşumuna yol vermeye meyleden bilinen güçlerden istifade ederek hasıl edebileceğimiz ve asla her bir unsuru uygun mevkiye tasarımlı biçimde yerleştirerek hasıl edemeyeceğimiz karmaşık düzenlerin pek çok örnekleri vardır. Bir kristali veya bir karmaşık organik bileşiği, asla bireysel atomları bir kristalin kafesine veya bir organik bileşiği teşkil eden benzol çemberlerine dayanan sistemi oluşturacak konuma yerleştirerek meydana getiremeyiz. Fakat içinde kendilerini bu tarzda düzenleyecekleri koşulları yaratabiliriz.

Bu örneklerde, ne, sadece oluşturulacak kristalin ve bileşiğin genel mahiyetini değil, fakat aynı zamanda onlardaki her hangi bir tek unsurun özel konumunu da belirler? Önemli nokta şudur: Unsurların davranışının düzenliliği hasıl olan düzenin genel mahiyetini belirler, fakat düzenin özel görünümün bütün ayrıntılarını belirlemez. Hasıl olan soyut düzenin kendisini izhar edeceği özel tarz, unsurların hareketlerini yöneten kurallara ilaveten, unsurların başlangıçtaki konumuna ve yakın çevrenin, unsurların her birinin söz konusu düzenin oluşumu esnasında reaksiyon göstereceği, belirli şartlarına tabi olacaktır. Diğer bir deyişle, düzen, daima, bütünlükleri içinde (yekûn) olarak) hiçbir kimseye bilinir olmayacak kadar çok sayıdaki muayyen olgulara bir intibak hüviyetini taşıyacaktır.

Dikkat etmeliyiz ki, böylece, bir düzenli kalıp yalnızca unsurların hepsi aynı kurallara itaat ederse ve unsurların farklı hareketleri sadece birbirine yakın birçok bireylerin farklı mevkilerince belirlenirse değil, fakat, aynı zamanda, kimyevi bileşiğin durumunda olduğu gibi, eğer bazı yönleriyle

farklı kurallara göre hareket eden unsur türleri varsa da kendi kendini teşkil edecektir. Hangi durum söz konusu olursa olsun, biz yalnızca kendi kendini oluşturacak düzenin genel mahiyetini önceden haber vermeye muktedir olabiliriz, herhangi bir tek unsurun herhangi bir diğer unsura nispetle özel mevkiini değil.

Fizikten alınacak başka bir örnek bazı bakımlardan daha öğreticidir. Bir kâğıt yaprağı üzerindeki demir talaşlarının yaprağın altına yerleştirilmiş bir mıknatısın kuvvet doğrultularının bazıları boyunca kendilerini düzenledikleri okul deneyinde, kendilerini bir araya gelmeye iten talaş parçaları tarafından oluşturulacak silsilelerin genel halini önceden bilebiliriz; fakat bu sıraların kendilerini mıknatısın çekim alanını belirleyen bu cins sonsuz kavisler ailesinin hangi kavisleri boyunca yerleştireceklerini önceden bilemeyiz. Bu, duruma, istikamete, ağırlığa, talaş parçalarının her birinin pürüzlülük ve düzgünlüğüne ve kâğıdın yüzeyinin bütün özelliklerine tabi olacaktır. Mıknatıstan ve demir talaş parçalarının her birinden sadır olacak güçler, böylelikle, genel karakteri bilinen kanunlar tarafından belirlenecek, fakat somut görünüşü tamamıyla bilemeyeceğimiz özel şartlara bağlı olacak benzersiz bir genel kalıp örneği hasıl etmek üzere çevreyle karşılıklı olarak birbirini etkileyecektir.

Toplumda, kendiliğinden doğan düzene itimat kontrol güçlerimizi hem genişletir hem sınırlar

Bir kendiliğinden doğan düzen, bireysel unsurların, kendilerini, onlardan yalnızca bazılarını doğrudan doğruya etkileyen ve bütün olarak hiçbir unsur tarafından bilinir olmaları gerekmeyen şartlara intibak ettirmelerinden hasıl olduğu için, hiçbir beyinin kavrayamayacağı ölçüde karmaşık hallere doğru genişleyebilir. Bunun sonucu olarak, mekanikten, hayat, akıl ve toplum alanlarında yüz yüze geldiğimiz cinsten daha yüksek derecede organize (edilmiş) veya asli olarak karmaşık fenomenlere döndüğümüzde, bu husus daha bir önem kazanır. Burada, belirli bir karmaşıklık derecesinde, bu ölçüde karmaşıklığa, kendiliğinden doğan düzenleyici güçler tarafından üretilmiş oldukları için sahip olmuş veya sadece bu sayede sahip olabilecek 'büyümüş' yapılarla meşgul olmak mecburiyetindeyiz. Dolayısıyla, bu yapılar, bize, onların mahiyetini etkilemeye yönelik herhangi bir teşebbüste olduğu kadar onları izah etme gayretimizde de halli güç zorluklar

çıkartırlar. En fazla, yapıların kendilerinden oluşturulduğu çeşitli türlerden unsurların uyduğu kuralları bilebileceğimiz, fakat bütün bireysel unsurları ve bu bireysel unsurların yerleştirildiği bütün tek tek özel şartları (halleri) asla bilemeyeceğimiz için, bilgimiz kendi kendisini şekillendirecek düzenin genel karakteri ile sınırlı olacaktır. Ve hatta, insan toplumları için geçerli olduğu gibi, en azından unsurların itaat ettiği davranış kurallarının bazılarını değiştirebilme konumunda olabileceğimiz yerde (bile), kendiliğinden hasıl olan düzenin yalnızca genel karakterini etkilemeye muktedir olacağız, ayrıntılarını değil.

Bu şu demektir: Kendiliğinden doğan düzenleyici güçleri kullanmanın bizi böyle zekâ bakımından asla hükmedemeyecek veya önceden tasarlayarak düzenleyemeyecek derecede karmaşık (yani zekâ olarak hükmedemeyeceğimiz, veya tasarımlı biçimde düzenleyemeyeceğimiz sayıda, türde unsurları ve değişik şartları kapsayan) bir düzenin oluşumunun sebebi olmaya muktedir kılmasına rağmen, böyle bir düzenin ayrıntıları üzerinde, organize ederek meydana getirdiğimiz bir düzenin ayrıntıları üzerinde sahip olacağımızdan daha az kudrete sahip olacağız. Kendiliğinden doğan düzenler olayında bu düzenlerin soyut özelliklerini, onları şekillendiren etmenlerin bazılarım tayin etmek suretiyle, belirleyebiliriz, fakat ayrıntıları bilmediğimiz koşullara bırakmak mecburiyetinde kalırız. Böylelikle, kendiliğinden doğan düzenleyici güçlere güvenerek, oluşmasını teşvik edebileceğimiz düzenin alanını veya kapsamını genişletebiliriz, çünkü onun özgül görünümü bize bilinebilecek olandan çok daha fazla koşula bağlı olacaktır. Bir sosyal düzen durumunda ise, aynı şey, böyle bir düzenin, onun bütün bireysel üyelerinin hepsinin ayrı ayrı bilgisinden, bu bilgi bir tek beyinde temerküz dahi etmeksizin veya bir beyinin icra ettiği tasarımlı koordinasyon veya intibak süreçlerine konu olmaksızın istifade etmesi sayesinde mümkün hale gelecektir.

Dolasıyla, genişle(til)miş ve daha karmaşık düzen üzerindeki kontrol gücü bir yapma düzen veya taxis üzerinde kullanabileceğimizden çok daha az olacaktır. Genişlemiş düzenin, üzerinde hiçbir surette hiçbir kontrole sahip olamayacağımız, veya, en azından o düzende kendiliğinden doğan güçlere -mani olacak ölçüde- müdahalede bulunmaksızın değiştirmeye muktedir olamayacağımız pek çok tarafları bulunacaktır. Bireysel unsurların özel mevkilerine veya belirli bireyler yahut gruplar arasındaki ilişkilere ilgili

herhangi bir arzumuz bütün düzeni altüst etmeden yerine getirilemez. Bu açıdan bir somut düzenleme veya ta-xis üzerinde sahip olduğumuz türden bir kuvvete sadece soyut veçhelerini bildiğimiz ve sırf onları etkilemeye muktedir olacağımız bir kendiliğinden doğan düzen üzerinde sahip olamayacağız.

Burada düzenin bir derece meselesi olmasına neden olabilecek iki farklı hususun mevcudiyetine dikkat etmek önemlidir. Bir nesneler veya olaylar setinin ne kadar iyi düzenlenmiş olduğu, unsurların vasıflarının (veya unsurlar arasındaki ilişkilerin) kaç tanesini önceden görmeyi öğrenebileceğimize bağlıdır. Bu açıdan değişik düzenler bir diğerinde şu iki yoldan birinde veya her ikisinde ayrılabilirler. Birincisi, düzenlilik (intizam) unsurlar arasındaki pek az veya hayli çok ilişkiye raci olabilir. Ve İkincisi, böyle tanımlanmış düzenlilik, bütün veya neredeyse bütün örnekler tarafından teyit edilecek olma anlamında büyük olabilir; veya, sadece örneklerin çoğunda hüküm sürer ve böylece bizim onun vuku buluşunu yalnızca bir ihtimaliyet derecesiyle tahmin etmemize müsaade edebilir. İlk durumda, hasıl olan yapının sadece birkaç veçhesini önceden görebilir, lâkin, büyük bir güvenle bunu yaparız. Böyle bir düzen sınırlı, fakat yine de mükemmel olabilir, ikinci durumda çok daha fazlasını önceden görmeye muktedir oluruz, fakat yalnızca fena sayılmayacak bir kesinlik derecesiyle. Buna rağmen, bir düzenin mevcudiyetini bilmek, bu düzen söz konusu yönlerden biri veya her ikisi bakımından sınırlı olsa bile, yine de yararlı olacaktır. Ve, bir sistemin meylettiği düzene gerçekte daha az veya daha çok yaklaşılacak olsa da, kendiliğinden düzenleyici kuvvetlere güven tercihe şayan ve hatta kaçınılmaz olabilir. Özelde piyasa düzeni sadece beklenen ilişkilerin hüküm süreceğine dair belirli bir ihtimaliyeti muntazaman garanti edecektir, fakat, bununla beraber, piyasa düzeni dağınık bilgiye dayanan bu kadar çok faaliyetin etkili biçimde bir tek düzen içinde toplanabilmesinin yegâne yoludur.

Kendiliğinden doğan düzenler, unsurlarının belirli davranış kurallarına uymasından hasıl olurlar

Şimdiye kadar, kendiliğinden doğan düzenlerin, onların unsurlarının yakın çevrelerine cevaplarında bazı kuralları izlemelerinin mahsulü olduğuna işaret ettik. Bu kuralların mahiyeti hâlâ daha geniş bir tetkike muhtaçtır,

kısmen 'kural' kelimesinin bazı yanlış fikirler hatıra getirmeye elverişli olması yüzünden ve kısmen bir kendiliğimden doğan düzeni belirleyen kuralların bir organizasyonu ve taxis'i düzenlemekte gerekli olan başka tür kurallardan önemli bakımlardan farklı olması yüzünden.

İlk noktada, fizikten verdiğimiz kendiliğinden doğan düzen örnekleri öğreticidir. Zira bu örnekler açıkça gösterirler ki, bu gibi kendiliğinden doğan düzenlerin unsurlarının hareketlerini yöneten kuralların söz konusu unsurlarca bilinen kurallar olması gerekmektedir. Bu unsurların fiilen böyle kurallarla tarif edilebilecek bir tarzda davranmaları kâfidir. Bundan dolayı, bu çerçevede kullandığımız anlamda, kural kavramı, bu gibi kuralların 'ifade edilmiş' (kelimelere dökülmüş) biçimde var olduğunu ima etmez, fakat sadece bireylerin davranışlarında fiilen izlediği kuralları keşfetmenin mümkün olduğunu ima eder. Bunu vurgulamak için arada sırada kurallardan ziyade 'düzenlilik'ten söz etmekteyiz, fakat, burada düzenlilik, hiç şüphesiz sadece, unsurlar kurallara göre davranır demektir.

Kuralların bu anlamda var olduğu ve ona itaat edenlerce kesin olarak bilinir olmaksızın işlediği hususu insanların eylemlerini yöneten ve o münasebetle bir kendiliğinden doğan düzeni belirleyen kuralların pek çoğu için geçerlidir. insan, hiçbir şekilde, eylemlerine yol gösteren kuralların hepsini, onları kelimelerle ifade etmeye muktedir olma anlamında, bilmez. En azından ilkel insan toplumunda, hayvan topluluklarında olduğundan hemen hemen hiç daha az olmamak üzere, sosyal hayatın karakteri, kendilerini yalnızca fiiliyatta gözlenerek gösteren davranış kuralları tarafından belirlenir. Yalnız bireysel zekâlar önemli ölçüde farklılaşmaya başladığı zaman bu kuralları nakledebilecek ve kati olarak öğretebilecek, onlara bakarak sapkın davranış düzeltebilecek ve uygun davranışın ne olduğu fikir farklılıklarının giderilmesi için başvurulabilecek bir biçimde ifade etmek gerekli olacaktır. İnsanoğlu, itaat ettiği kanunlar olmaksızın hiçbir zaman var olmamış olmasına rağmen, hiç şüphesiz, onları ifade etmeye muktedir olmak anlamında kanunları 'bilmeksizin' binlerce yıldır var olmuştur.

Mamafih, bu bağlamda hâlâ daha büyük önemi olan şey, unsurların davranışındaki her düzenliliğin toplu bir düzeni garanti etmeyişidir. İnsan davranışını yönlendiren bazı kurallar, şüphesiz, bir toplu düzenin teşkilini büsbütün olanaksız kılabilirdi. Bizim problemimiz ne çeşit davranış

kurallarının bir toplum düzeni meydana getireceği ve belirli kuralların ne tür bir düzen ortaya çıkaracağıdır.

Düzen üretmeyecek davranış kurallarının klasik örneği fizik bilimlerinden gelir. Bu, termodinamiğin ikinci kanunu veya entropi kanunudur. Bu kanuna göre, bir gazın moleküllerinin sabit hızlarla dümdüz hatlarda hareket etme eğilimi 'mükemmel düzensizlik' terimiyle ifade edilen bir durum meydana getirir. Aynı şekilde, açıktır ki, toplumda bireylerin bir kısım mükemmelen düzenli davranışları sadece karışıklık hasıl edebilir. Her bireyin karşılaştığı diğer herhangi bir bireyi öldürmeye çalışması veya bir başka kimseyi görür görmez kaçması şeklindeki bir kuralın yaratacağı sonuç, hiç şüphesiz, bireylerin faaliyetlerinin diğer bireylerle işbirliğine dayandığı bir düzenin tamamıyla imkânsızlığı olacaktır.

Nitekim, bir toplum, yalnızca, eğer bir seleksiyon süreciyle, bireyleri sosyal hayatı olanaklı kılan bir tarzda davranmaya sürükleyen kurallar gelişmişse var olabilir. Şu hatırlanmalıdır ki, bu amaçla seleksiyon farklı, yani kendilerine özgü düzenlerinin özellikleri tarafından yol gösterilen toplum tipleri arasında olduğu gibi işleyecektir, fakat bu düzeni destekleyen (yardım eden) özellikler, bireylerin özellikleri, yani onların grubun faaliyet düzeninin bir bütün olarak (üzerine) dayandığı belirli davranıŞ kurallarına itaat etme eğilimleri olacaktır.

Bunu değişik bir şekilde ifade edersek: Bir sosyal düzende her bir bireyin reaksiyon göstereceği muayyen olaylar o birey tarafından bilinen olaylar olacaktır. Fakat, yalnızca bireyler bir düzen hasıl edecek türden kurallara riayet ederlerse muayyen durumlara verilen bireysel karşılıklar bir düzenle sonuçlanacaktır. Eğer onların hepsinin uyduğu kurallar bir düzen üretecek türden kurallarsa, davranışlardaki çok mahdut bir benzerlik bile yeterli olacaktır. Böyle bir düzen, o toplumun bütün üyeleri tarafından, birlikte alındıklarında bilinen, fakat bir bütün olarak hiç kimseye bilinir olmayan çok sayıdaki koşullara bir intibak teşkil edecektir. Bunun, benzer koşullardaki (durumlardaki) farklı kişilerin mutlaka aynı şeyi yapacakları anlamına gelmesi gerekmez, fakat sadece böyle bir toplu düzenin oluşumu için bazı bakımlardan bireylerin aynı kuralları izlemesinin gerekli olduğu, veya onların eylemlerinin muayyen bir saha ile sınırlı olmasının gerektiği anlamına gelir. Başka bir deyişle, bireylerin çevrelerindeki olaylara

cevaplarının, mahdut bir toplu düzenin hasıl olmasını temin etmek için, sadece bazı soyut yönlerden benzer olması gerekir.

Sosyal politika için olduğu kadar sosyal teori için de merkezi önemi haiz olan soru şudur: Kurallar hangi özelliklere sahip olmalıdır ki bireylerin ayrı ayrı eylemleri bir tam düzen hasıl etsin? Toplumun bütün mensupları bu cins bazı kurallara, çevrelerinin kendisini onların beyinlerine benzer sunuş tarzından dolayı itaat ederler. Diğer kuralları, onlar kendilerinin ortak kültür geleneğinin parçası olacağı için kendiliğinden izlerler. Fakat, yine de, kurallara riayet eder hale getirilmeleri gereken diğer bazı kimseler bulunacaktır, çünkü, kuralları tanımamak bu gibi kimselerin her birinin kişisel yararına olmasına rağmen, bireylerin eylemlerinin başarısının bağlı olduğu toplu düzen sadece eğer bu kurallar genel olarak izlenirse doğacaktır.

Mübadeleye dayanan modern bir toplumda bireysel davranıştaki belli başlı düzenliliklerden biri, çoğu bireylerin bir gelir elde etmeye çalışırken kendilerini içinde bulacakları koşullarının benzerliğinden hasıl olacaktır. Bunun anlamı şudur: Bireyler normal olarak gayretlerinin daha büyük bir getirisinin olmasını daha küçük bir getirisinin olmasına tercih edeceklerdir ve çoğu zaman, gayretlerini, eğer daha fazla getiri elde etme ihtimali yükseliyorsa, belirli bir istikamete teksif edeceklerdir. Bu, en azından, bir topluma belirli bir düzen yüklemeye yeterli sıklıkta takip edilecek bir kuraldır. Fakat çoğu insanların bu kuralı izleyeceği gerçeği yine de sonuç olarak doğacak düzenin karakterini çok belirsiz bırakacak ve katiyetle kendi başına o düzene yararlılık vasfını kazandırmaya yeterli olmayacaktır. Hasıl olan düzenin yararlı olması için insanlar aynı zamanda bazı teamül kurallarım da, yani sadece onların arzularının ve sebep ve sonuç ilişkileriyle ilgili kavrayışlarının peşinden gitmeyen, fakat normatif olan ve bireylere ne yapmaları veya ne yapmamaları gerektiğini söyleyen kuralları da gözlemelidirler.

İnsanların fiilen uydukları çeşitli kurallar ile bundan hasıl olan eylemler düzeni arasındaki hassas ilişkiyi., ilerde, daha geniş biçimde gözden geçireceğiz. O zaman temel ilgimiz, kendilerini tasarımlı biçimde değiştirmeye muktedir olmamız yüzünden düzeni etkilemenin başlıca aracı haline gelen kurallar, yani hukuk kuralları olacaktır. Şimdilik ilgimiz bir

kendiliğinden doğan düzenin dayandığı kuralların da kendiliğinden doğmuş olma özelliğine sahip olabileceğini, fakat her zaman böyle olması gerekmediğini açıklamaktır. Bir düzenin, muhakkak ki, kendi -kendisini bireylerin taammüden yapılmış olmayan fakat kendiliğinden zuhur etmiş bulunan kuralları izlemesi sayesinde oluşturmuş olmasına rağmen, insanlar tedricen bu kuralları iyileştirmeyi öğrenmiştir ve bir kendiliğinden doğan düzenin oluşumunun bütünüyle tasarımlanarak yapılmış kurallara dayanması en azından akla yakındır. Hasıl olan düzenin kendiliğindenlik vasfı, onun dayandığı kuralların kendiliğinden dolayı ayırt edilmelidir. Yine de kendiliğinden doğan bir düzen olarak tasvir edilmesi zorunlu bir düzenin bütünüyle tasarımlı dizaynın ürünü olan kurallara dayanması mümkündür. Aşina olduğumuz toplum türünde, ahlak kurallarının ve gelenek kurallarının çoğu kendiliğinden doğan inkişaflar hüviyetini taşırken şüphesiz, insanların fiiliyatta gözlediği kuralların yalnızca bazıları, yani hukuk kurallarının sadece bazıları (fakat katiyetle bunları bile tamamı değil) tasarımlı dizaynın mahsulü olacaktır.

Yapma kurallara dayanan bir düzenin bile mahiyet itibariyle kendiliğinden doğma olabileceği hususu, o düzenin özgül görünümünün daima bu kuralların dizayn edicisinin bilmediği ve bilemeyeceği koşullara dayanacağı gerçeği tarafından gösterilir. Düzenin özgül muhtevası, sadece kurallara itaat eden ve onları yalnızca kendilerine malum olgulara uygulayan bireylerce bilinen somut durumlara bağlı olacaktır. Bu bireylerin hem kurallarla hem de muayyen olgularla ilgili bilgisi hasıl olan düzenin özelliklerini belirleyecektir.

Toplumun kendiliğinden doğan düzeni bireylerden ve organizasyonlardan müteşekkildir

En küçük hacimdekinden daha büyük her insan grubunda, işbirliği daima hem tasarımlı organizasyona, hem de, ona olduğu kadar, kendiliğinden doğan düzene dayanacaktır. Hiç şüphe yoktur ki, pek çok sınırlı iş açısından organizasyon etkili-yararlı koordinasyonun en kuvvetli yöntemidir, zira organizasyon bizi hasıl olan düzeni isteklerimize daha fazla uydurmaya muktedir kılar. Oysa, hesaba alınacak koşulların (durumların) karmaşıklığı yüzünden, kendiliğinden doğan bir düzeni oluşturan güçlere güvenmemizin

gerektiği yerde, bu düzenin özgül muhtevası üzerindeki gücümüz ister istemez mahduttur.

Bununla beraber, iki tür düzenin herhangi bir karmaşıklık derecesindeki her toplumda muntazaman birlikte var olması bizim onları her istediğimiz tarzda birleştirebileceğimiz anlamına gelmez. Gerçekte, bütün özgür toplumlarda bulduğumuz şey şudur: insan gruplarının bazı muayyen amaçların elde edilmesi için organizasyonlarda bir araya gelecek olmasına rağmen, ayrı ayrı bireylerin olduğu kadar, bu ayrı ayrı organizasyonların hepsinin faaliyetlerinin koordinasyonu da, bir kendiliğinden doğan düzeni meydana getiren güçler tarafından gerçekleştirilir. Aile, çiftlik, fabrika, ticarethane, şirket ve çeşitli birlikler ve hükümet dahil bütün kamu kurumlan, aynı zamanda, daha kapsayıcı bir kendiliğinden doğan düzenle bütünleştirilen organizasyonlardır. 'Toplum' terimini, kendiliğinden doğan düzeni, sürü, kabile veya klan gibi üyeleri, en azından bazı bakımlardan ortak amaçların merkezi bir yönlendirmesi altında hareket edecek, az veya çok izole edilmiş daha küçük gruplardan olduğu kadar, bu düzenin bünyesinde (içinde) yer alacak olan daha ufak organize gruplardan da ayırabileceğimiz şekilde bu bütün kendiliğinden doğan düzene tahsis etmek uygundur. Aynı grup, bazı durumlarda, avcılık, göç veya kavga zamanlarında olduğu gibi, zaman zaman bir şefin yönetici iradesi altında bir organizasyon olarak işlerken, zaman zaman da, grubun gündelik işlerinin akışında olduğu gibi, talimatlara gerek olmaksızın, geleneksel kurallara riayet etmek suretiyle muhafaza edilen bir kendiliğinden doğan düzen olarak işleyecektir.

Toplum adını verdiğimiz kendiliğinden doğan düzenin, bir organizasyonun genellikle sahip olacağı cinsten kesin sınırlara sahip olması da gerekmemektedir. Çoğu defa, daha gevşek fakat daha yaygın bir düzende merkezi bir mevki işgal eden bir-biriyle daha yakından ilintili bireylerden müteşekkil bir veya birkaç çekirdek olacaktır. Büyük Toplum bünyesinde, mekansal yakınlığın veya diğer bazı özel koşulların eseri olarak mensupları arasında daha yakın ilişkiler üreten özgül topluluklar doğabilir. Ve bu cinsten değişik kısmi topluluklar çok defa çakışır ve her birey Büyük Toplum'un bünyesinde mevcut çeşitli organizasyonlar yanında, çok sayıdaki bu cins diğer kendiliğinden doğan alt-düzenlerin veya kısmi toplulukların da bir üyesi olabilir.

Büyük Toplum içinde yer alan organizasyonlar arasında, daima çok özel bir konum işgal edecek olanı, hükümet adını verdiğimiz organizasyondur. Toplum olarak adlandırdığımız kendiliğinden doğan düzenin hükümetsiz var olabileceği fikri, eğer bu gibi bir düzenin oluşumu için gerekli asgari kurallar onların yürütülmesi ile meşgul organize bir cihaz olmaksızın gözlenirse, akla yakındır. Bununla beraber, çoğu durumlarda, hükümet dediğimiz organizasyon söz konusu kurallara itaati temin için vazgeçilmez bir gerektir.

Yönetimin bu özel fonksiyonu, bir dereceye kadar, hedefi tüketiciler tarafından kullanılacak herhangi bir ürün veya hizmet üretmek olmayan fakat daha ziyade bu eşyaların ve hizmetlerin üretimini tanzim eden mekanizmayı çalışır vaziyette tutmak isteyen bir fabrika muhafaza mangasının fonksiyonu gibidir. Bu makinenin cari kullanılma amaçlan onun parçalarım işletenler ve nihayet onun ürünlerini satan alanlar tarafından belirlenecektir.

Bununla beraber, bireylerin kendi amaçları için kullanacakları bir mekanizmayı çalışır vaziyette tutmakla görevlendirilen organizasyonun, düzenin dayandığı kuralları yürütme vazifesine ilaveten, genellikle, aynı zamanda, kendiliğinden doğan düzenin kâfi biçimde üretemeyeceği diğer hizmetleri ifa etmesi de beklenir. Hükümetin bu iki farklı fonksiyonu, umumiyetle, aşikâr biçimde tefrik edilmez; ancak, göreceğimiz üzere, yönetimin, davranış kurallarının infaz edilmesi için zorlama içeren fonksiyonlarıyla, yalnızca onun tasarrufuna bırakılmış kaynakları idare etmesini gerektiren hizmet fonksiyonları arasındaki ayırım büyük bir öneme sahiptir. İlkinde, o, toplu düzenin muhafazasının elzem bir şartını sağlarken, ikincisi de çok sayıdaki diğer organizasyonlar arasında bir organizasyondur ve diğerleri gibi kendiliğinden doğan bir toplu düzenin parçasıdır.

İngilizcede bu iki düzen tipini 'toplum' ve 'hükümet' (yönetim) arasında ayırım anlamında müzakere etmek mümkündür ve bu uzun süredir yapılmaktadır. Bu problemlerle ilgili tartışmaya, sadece bir tek ülke söz konusu olduğu sürece, metafiziksel anlamlar yüklenmiş 'devlet' terimini dahil etmenin hiç gereği yoktur. Genel olarak Kıta Avrupası fikriyatının, bilhassa Hegelyen düşüncenin etkisiyle, son yüz yıl süresince, 'hükümet' teriminin daha münasip ve daha kesin olduğu yerde, devletten (tercihen

büyük bir 'D' ile) söz etme uygulaması yaygın bir şekilde benimsenir olmuştur. Vakıa, hareket eden, bir politika izleyen, daima hükmet organizasyonudur ve hükümet'in gayet yeterli olduğu yerde 'devlet' terimine sürüklenmek duruluğa yardımcı olmaz. Bu, 'hükümet'ten ziyade 'devlet', 'toplum'la, ilkinin bir organizasyon İkincisinin bir kendiliğinden doğan düzen olduğunu belirtmek amacıyla zıt kavramlar olarak takdim edilirse bilhassa yanıltıcı olur.

Kendiliğinden doğan düzenlerin ve organizasyonların kuralları

Başlıca iddialarımızdan biri şu olacaktır: Kendiliğinden doğan düzen ve organizasyon daima birlikte var olacaklarsa da, düzenin bu iki yolunu her istediğimiz tarzda karıştırmak mümkün değildir. Bu hususun daha yaygın biçimde idrak edilmemesinin sebebi her iki tür düzenin belirlenmesi için kurallara dayanmak mecburiyetinde olmamız ve, iki değişik cins düzenin gerektirdiği kurallar arasındaki mühim farkların genel olarak bilinmemesidir.

Her organizasyon, bir dereceye kadar, sadece özgül komutlara değil aynı zamanda kurallara da dayanmalıdır. Bunun sebebi, bir kendiliğinden doğan düzenin münhasıran kurallara dayanmasını gerekli kılan sebebin aynısıdır; yani, bireylerin eylemlerine özgül emirlerden ziyade kurallarla rehberlik etmek suretiyle, hiç kimsenin bir bütün olarak sahip olmadığı kadar çok bilgiyi kullanmanın mümkün olmasıdır. Mensupları yalnızca organizatörün aletleri olmayan her organizasyon, talimatlarla sırf her bir üye tarafından icra edilecek fonksiyonu, ulaşılacak hedefleri, istihdam edilecek yöntemlerin genel taraflarını belirleyecek ve ayrıntıları, bireyler tarafından, kendilerine mahsus bilgi ve becerileri temelinde karara bağlanmak üzere organizasyon çalışanlarına bırakacaktır.

Organizasyon, burada, karmaşık beşeri faaliyetlere düzen getirmeye yönelik her teşebbüsün karşılaştığı problemle yüz yüze gelir: Organizatör, maiyetindeki bireylerden kendisinin malik olmadığı bilgiyi kullanmalarını istemek zorundadır. En basit organizasyon türü haricinde hiçbir organizasyonda bütün faaliyetlerin tüm ayrıntılarına tek bir akılın hakim olması mümkün değildir. Hiç kimse, şimdiye kadar, karmaşık bir toplumda süregelmekte olan bütün faaliyetleri tamamıyla düzenlemeyi başaramamıştır. Herhangi bir kimse böyle bir toplumu baştan aşağı

düzenlemeyi başarırsa, o toplum artık birçok beyini kullanmayacak, büsbütün tek bir beyine bağlı olacaktır. Bu toplum, mutlaka, çok karmaşık değil aşın iptidai olacak ve bilgisi ve iradesi her şeyi belirleyen akıl da kısa sürede iptidaileşecektir. Böyle bir düzenin dizaynına dahil olabilecek gerçekler sadece bu akıl tarafından bilinen ve sindirilenler olabilecektir; ve yalnızca o aklın sahibi olan kişi nasıl davranılacağını belirleyebileceği ve böylelikle tecrübe kazanabileceği için, birçok aklın karşılıklı etkileşimi -ki akıl yalnızca bu etkileşim içinde gelişebilir- hiçbir yönüyle mevcut olmayacaktır.

Bir organizasyon içerisindeki eylemi yöneten kuralların ayırıcı özelliği, onların tayin edilmiş görevlerin ifası amacıyla tesis edilmiş kurallar olmasıdır. Bu kurallar bir bireyin sabit bir yapı içindeki yerinin talimatla belirlendiğini ve her bir bireyin itaat etmesi gereken kuralların o bireyin tayin edildiği yere ve kumanda edici otorite tarafından ona gösterilen hedeflere bağlı olması gerektiğini en başından varsayarlar. Böylece, bu kurallar yalnız atanmış görevlilerin veya hükümet organlarının eylemlerinin ayrıntılarını düzenlerler.

Dolayısıyla, organizasyon kuralları, zorunlu olarak, komutlara bıraktıkları boşlukları doldurarak, yardımcı olma ikincil konumundadır. Organizasyon kuralları, organizasyonun değişik üyeleri için, onlara tevcih edilen görevlere göre, farklı olacaklardır ve emirlerle belirlenmiş amaçların ışığında yorumlanmak mecburiyetinde kalacaklardır. Bir görev tayini olmaksızın ve takip edilecek hedefler özel emirlerle belirlenmeksizin, çıplak soyut kural her bir bireye ne yapması gerektiğini söylemeye yeterli olmayacaktır.

Tam tersine, bir kendiliğinden doğan düzenin kuralları amaç bağımsız ve mecburen, bütün üyeler için değilse bile, en azından, bütün isim isim tavsif edilmemiş üye sınıfları için aynı olmalıdırlar. Göreceğimiz üzere, bilinmeyen ve tespit edilemez sayıdaki kişilere ve durumlara uygulanabilme vasfına sahip bulunmalıdır. Bu kurallar, bireyler tarafından, onların kendilerine mahsus bilgilerin ve amaçların ışığında uygulanacak kurallar olmak mecburiyetinde kalacaklardır ve (onların) tatbik edilişleri, bireyin bilmesi bile gerekmeyen herhangi bir ortak amaçtan bağımsız olacaktır.

Benimsediğimiz terimlerle bunun anlamı şudur: Bir organizasyonu yöneten kurallar kadar emirlerin de organizasyonun yönetimi tarafından belirlenen

muayyen hedeflere hizmet etmesine karşılık, bir kendiliğinden doğan düzenin dayandığı soyut hukuk kuralları, hususi veya somut muhtevası hiç kimse tarafından bilinmeyen veya önceden keşfedilmeyen bir soyut düzeni gerçekleştirmeyi hedefler. Düzenin daha karmaşık olması hedeflendikçe, tek tek eylemlerin bütün olarak yönetenlerce bilinmeyen koşullar tarafından belirlenmek zorunda kalacak kısmı da daha karmaşık olacak, ve kontrol, daha çok, özgül komutlardan ziyade kurallara bağlı olacaktır. Hakikaten, çok kompleks organizasyonlarda özgül fonksiyonlar ile genel hedefin tayininden pek az fazlası üstün otoritenin emirleriyle tayin edilecektir. Bu fonksiyonların ifası yalnızca kurallar -ancak, en azından bir dereceye kadar, belirli kişilere tevcih edilmiş fonksiyonlara özgü kurallar- tarafından düzenlenecektir. Yalnız, en büyük organizasyon türünden, yani hükümetten -ki organizasyon olarak hâlâ sınırlanmış ve belirlenmiş bir özgül amaçlar setine vakfedilmiş olmalıdır- bütün toplumun toplu düzenine geçtiğimiz zaman, münhasıran kurallara dayanan ve tamamıyla kendiliğinden doğmuş olma özelliğine sahip bir düzenle karşılaşırız.

Bir organizasyona bağlı olmaması fakat bir kendiliğinden doğan düzen olarak büyümesi sayesindedir ki modern toplumun yapısı sahip bulunduğu ve tasarımlı organizasyonla ulaşılabilecek olan her karmaşıklık derecesini bir hayli aşan karmaşıklık derecesine vasıl olmaktadır. Gerçekte, şüphesiz, bu kompleks düzenin gelişmesini mümkün kılan kurallar başlangıçta bu sonucu bekleyerek dizayn edilmedi; fakat buna elverişli kuralları tesadüfen benimseyen topluluklar, daha sonra diğer topluluklara da yayılan kompleks bir uygarlık geliştirdiler. Modern toplumu, böylesine karmaşık hale geldiği için, tasarlayarak planlamamız gerektiği fikrini savunmak, bu nedenle, paradoksaldır ve bu şartların tam manasıyla yanlış anlaşılışının sonucudur. Gerçek şudur: Bu kadar kompleks bir düzeni, üyelere talimat vermek yöntemiyle değil, fakat yalnızca dolaylı olarak bir kendiliğinden doğan düzenin oluşumuna yardımcı kuralları uygulamak ve iyileştirmek suretiyle idame ettirebiliriz.

Sadece hem kendiliğinden doğan düzenin yerini organizasyonla kaplamanın ve hem de onun bütün üyeleri arasında dağılmış bilgiyi azami ölçüde kullanmanın imkansız olduğunu değil, fakat bu düzeni ona doğrudan doğruya emirlerle müdahale ederek geliştirmenin veya düzeltmenin de imkansız olduğunu göreceğiz. Kendiliğinden doğan düzenin ve

organizasyonun böyle bir bileşimini benimsemek asla rasyonel bir tutum olamaz. Bir organizasyonu belirleyen emirleri yardımcı (ikincil) kurallarla tamamlamanın ve organizasyonları bir kendiliğinden doğan düzenin unsurları olarak kullanmanın makul olmasına karşılık; bir kendiliğinden doğan düzenin kurallarını, eylemlerin genel davranış kurallarınca rehberlik edildiği yerdeki eylemlere ilişkin münferit ve ikincil (yardımcı) komutlarla tamamlamak katiyetle faydalı olamaz. Bu, piyasa, düzenine 'karışma' veya 'müdahale'ye karşı olma görüşünün özüdür. Kendiliğinden doğan düzenin mensuplarının özgül eylemlerini gerektiren münferit komutların bu düzeni asla geliştiremeyecek, aksine onun işleyişini bozacak olmasının sebebi, bu komutların, sadece tek tek kişilerce bilinen, fakat yöneten otoritece bilinmeyen bilgiler tarafından belirlenen ve aynı durumdaki amaçlar tarafından rehberlik edilen bir bağımsız faaliyetler sisteminin bir parçasına istinat edecek olmasıdır. Kendiliğinden doğan düzen, bu düzene dayanarak işleyen bütün değişik faktörleri dengeleyen her unsurdan, ve, bu unsuru değişik eylemlerinin hepsini bir diğerine intibak ettirmek, yani, eğer bu eylemlerin bazıları bir diğer birim tarafından farklı bilgi temelinde ve farklı amaçların hizmetinde belirlenirse tahrip edilecek bir denge oluşturmak suretiyle doğar.

Böylece, 'müdahale'ye karşı genel argümanın geldiği nokta şudur: Bir kendiliğinden doğan düzeni, onun dayandığı genel kuralları ıslah ederek geliştirmeye çalışabiliriz. Yarattığı sonuçlarını çeşitli organizasyonların çabalarıyla tamamlayabiliriz. Fakat bu düzenin üyelerini kendi bilgilerini kendi amaçlan için kullanma olanağından mahrum eden özgül emirlerle sonuçlan daha iyi bir hale getiremeyiz.

Elinizdeki kitap boyunca, bu iki tür kuralların nasıl büsbütün farklı iki hukuk fikri için model temin ettiğini ve bunun nasıl ortak 'hukuk' kelimesini kullanan yazarların gerçekte farklı şeyler hakkında konuşuyor olduğu bir durumu meydana getirdiğini ele alacağız. Bu, kanun ve özgürlüğü birbirinden ayrılmaz görenlerle[30], bu ikisini telif edilemez görenler arasında bütün tarih boyunca var olduğunu keşfettiğimiz çelişkide en aşikâr biçimde ortaya çıkar. Kadim Yunanlılar ve Çiçero'dan ortaçağlar[31] yoluyla John Locke, David Hume, Immanuel Kant[32] gibi klasik libarallere ve İskoç ahlakçı filozoflarına, on dokuzuncu ve yirminci asrın değişik devlet

adamlarına[33] doğru genişleyen bir büyük gelenek vardır. Bu geleneğe göre, kanun ve özgürlük biri diğerinden ayrı mevcut olamaz. Oysa, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham[34] ve birçok Fransız düşünürlerine ve modern hukuki pozitivistlere göre, kanundan söz etmek mecburen var olması gereken bir özgürlüğe tecavüz etmek demektir. Büyük düşünürlerin uzun çizgileri arasındaki bu aşikâr uyuşmazlık, zıt neticelere vardıklarını değil, fakat sadece 'hukuk' kelimesini farklı anlamlarda kullanmakta olduklarını göstermektedir.

'Organizma' ve 'Organizasyon' terimleri

Bu bölümde tetkik edilen ayırımın geçmişte en yaygın biçimde tartışılmasında kullanılan terimlerle ilgili birkaç mütalaa daha burada ifade edilmelidir. On dokuzuncu yüzyılın başından beridir 'organizma' ve 'organizasyon' terimleri sık sık iki tip düzeni karşılaştırmak (tezatı vurgulamak) için kullanılmıştır. Biz birinci terimden kaçınmayı, ikinci terimi spesifik bir anlamda benimsemeyi tavsiyeye şayan bulduğumuz için bunların tarihleri üzerinde bazı yorumlar yapmak yerinde olabilir.

Eski zamanlardan beri toplumun kendiliğinden doğan düzenini tasvir etmek amacıyla organizmaya dayanan kıyaslamanın kullanılması, organizmalar herkesin bildiği yegâne kendiliğinden doğan düzen türleri olduğundan, doğaldı. Organizmalar, gerçekten, diğer kendiliğinden doğan düzenlerin birçok özelliklerini de gösteren bir kendiliğinden doğan düzen türüdürler. Bu nedenle, onlardan 'büyüme', 'intibak' ve 'fonksiyon' gibi terimleri ödünç almak çok cezbediciydi. Bununla beraber, onlar, hiçbir şekilde bütün kendiliğinden doğan düzenlere mecburen ait bulunması gerekmeyen özelliklere de sahip olan çok özel bin cinsten kendiliğinden doğan düzenlerdir. Anoloji, bu sebeple, kısa sürede, yardımcı olmaktan çok yanlış yönlendirici hale gelmektedir[35].

Organizmaların onları toplumun kendiliğinden doğan düzenlerinden ayıran baş hususiyeti, bir organizmadaki bireysel unsurların çoğunun, en azından kemale erdikten sonra, bir defa yerleşti miydi artık sonuna kadar muhafaza ettikleri, sabit yerler işgal etmesidir. Onlar, aynı zamanda, kural olarak, bazılarının yerleri muadil yeni unsurlar tarafından alınabilse bile, uzayda duyularla kolaylıkla fark edilir bir düzeni muhafaza eden sabit sayıda

unsurlardan oluşan az veya çok sürekli sistemlerdir. Sonuç olarak, onlar, kullanmakta olduğumuz terimlerle, toplumun, unsurlarının sayısının değişmesine ve bireysel unsurların kendi yerlerini değiştirmesine rağmen muhafaza edilebilen, kendiliğinden doğan düzeninden daha somut bir cinsten düzenlerdir.

Sosyal yapıların soyut kendiliğinden doğan düzeni genellikle yalnız akıl tarafından yeniden inşa edilebilirken, organizmaların düzeninin bu nispeten somut mahiyeti, kendisini, onların ayrı bütünler olarak varlığının duyular tarafından sezgisel olarak fark edilebilmesi gerçeğinde gösterir.

Toplumun bir organizma olarak yorumlanması, hemen hemen değişmez biçimde, daha genel kendiliğinden doğan düzen fikrinin kendilerine hiç destek vermediği hiyerarşik ve otoriteryen görüşlerin desteklenmesi için kullanılmıştır. Hakikaten, Menenius Agrippa, Romalı pleblerin ilk ayrılması olayında, organizmacı mecazı belirli bir grubun imtiyazlarını haklılaştırmak için kullandığından beri, bu yorum benzer amaçlarla sayısız defadır kullanılmış olmalıdır. Bireysel unsurlara onların değişik 'fonksiyonlar'ına göre tahsis edilen sabit mevkiler fikri ve biyolojik yapıların toplumun kendiliğinden doğan yapılarının soyut mahiyetiyle kıyaslandığında çok daha fazla somut olarak belirlenişi, gerçekten, organizmacı görüşü sosyal teori açısından çok şüpheli kılmıştır. Bu görüş, bir yapma düzen veya taxis olarak yorumlandığında, düzen teriminin kendisinden bile daha fazla suiistimal edilmiştir ve, sık sık, hiyerarşik bir düzeni, 'rütbe'nin lüzumunu, emir ve itaat ilişkisini, veya belirli bireyler için ihdas edilmiş yerlerin korunmasını müdafaa etmek için kullanılmıştır. Bu sebeple, haklı olarak, şüphe verici bir nitelik kazanmıştır.

Diğer taraftan, on dokuzuncu asırda, sık sık tartıştığımız anlamdaki ayırımı ifade etmek için 'organizma'ya zıt anlamda kullanılan ve bir yapma düzeni taxis'i tasvir etmek için muhafaza edeceğimiz 'organizasyon' teriminin menşei nispeten yenidir. Kant'ın bir seferinde üzerinde 'bir büyük halkın, son zamanlarda vuku bulan, büyük bir devlet olarak yeniden kuruluşunda organizasyon kelimesi sık sık ve münasip şekilde yüksek idare sınıfları kurumu ve hatta bütün devlet kurumu için kullanıldı'[36] gözleminde bulunduğu Fransız Devrimi zamanında genel kullanıma girmiş görünmektedir. Kelime Napolyon dönemi ruhunun özelliği haline geldi[37] ve

modern sosyalizmin baş kurucularının, Saint-Simon'cuların ve Auguste Comte'un 'toplumun yeniden inşası' planlarında merkezi kavramı teşkil etti[38]. 'Sosyalizm' terimi genel kullanıma girene kadar, 'bir bütün olarak toplumun organizasyonu', gerçekte bugün sosyalizm olarak tasvir ettiğimiz şeye işaret etmenin yolu oldu[39]. Kavramın bilhassa on dokuzuncu asrın başlarında Fransız düşüncesindeki merkezi rolü, 1849'da 'modern bilimin son sözü ve cüretli fakat meşru ihtirası olarak insan cinsinin bilimsel organizasyonundan söz edebilmiş olan genç Ernest Renan tarafından aşikar biçimde görüldü[40].

Kelime İngilizcede 1790'larda 'belirli bir amaç için sistematik düzenleme' anlamıyla teknik bir terim olarak genel kullanıma girmiş görünmektedir. Fakat onu özel bir heyecanla benimseyenler Almanlardı ve kısa bir süre sonra, terimin kendilerine diğer halkları aştıklarına inandıkları özgün bir kabiliyeti ifade eder göründüğü millet de Almanlardı. Bu, Alman bilim adamlarıyla Fransız bilim adamları arasında garip bir rekabete yol açtı. Bu rekabette saf tutanlar, Birinci Dünya Savaşı boyunca, kavga hatlarının bir yanından öbür yanma, iki milletten hangisinin organizasyonun sırrının sahipliğinde daha kuvvetli bir iddiaya malik olduğuna dair birazcık gülünç bir edebi münakaşa yürüttü.

Terimi burada bir yapma düzene veya taxis'e tahsis etmekle, genel olarak sosyolojide ve özellikle 'organizasyon teorisi' olarak bilinen alanda kullanılan bir yolu izlemekteyiz. Bu anlamdaki organizasyon fikri insan zekâsının güçlerinin keşfinin ve özellikle kurucu rasyonalizmin genel tavrının doğal bir sonucudur. Uzun bir süre için insan amaçlarına faydalı bir düzenin tasarım yoluyla elde edilebilecek olduğu fikri yegâne yöntemmiş gibi göründü. Organizasyon gerçekten, belirli bilinen ve önceden keşfedilebilen sonuçları elde etmenin zeki ve etkili bir yoludur. Fakat, onun gelişmesinin kuruculuğun büyük kazanımlardan biri oluşu gibi, sınırlarına aldırmayışı da kuruculuğun en ciddi kusurlarından biridir. Kurucu yaklaşımın ihmal ettiği, bir organizasyonu yönetebilecek aklın ve organizasyonların içinde işlediği daha kapsayıcı düzenin gelişmesinin önceden sezileme-yen şeylere yapılacak intibaklara dayandığı ve bireysel beyinlerin kapasitesini aşmanın yegâne mümkünatının, kendiliğinden doğan

düzenleri yaratan kişi üstü 'kendi kendini organize eden' güçlere istinat ettiğidir.

Üçüncü Bölüm: İLKELER VE İDARE-İ MASLAHAT

Özgürlüğün verdiği mutlulukları muhafaza etmek için temel ilkelere sık sık geri dönülmelidir.

North Carolina Anayasası[41]

Bireysel amaçlar ve kolektif faydalar

Bu eserin tezi şudur: içinde herkesin kendi bilgisini kendi amaçları için kullanmasına müsaade edilen, yalnızca cihanşumül olarak tatbik edilen adil davranış kuralları tarafından tahdit edilmiş bir özgürlük durumu, herkes için onların amaçlarının kazanılması açısından en iyi şartlan hasıl edecektir ve böyle bir sistem, muhtemelen, sadece, halkın çoğunluğunun otoritesi dahil, bütün otoriteler zorlama gücünün kullanılmasında toplumun kendisini bağladığı genel ilkelerle sınırlandırılırsa elde edilecek ve korunacaktır. Bireysel özgürlük, her nerede var olduysa, ekseriyetle, bu cinsten, mamafih anayasal belgelerde hiçbir zaman tamamıyla ifade edilmiş olmayan, hakim ilkelere duyulan saygının mahsulü olmuştur. Özgürlük uzun sayılabilecek dönemler süresince muhafaza edilmiştir, çünkü bu gibi ilkeler, müphem ve donuk bir şekilde algılanmış olarak, halkın fikriyatını yönetmiştir. Batı dünyasının bireysel özgürlüğü hükümetin gittikçe artan(müterakki) tecavüzlerine karşı korumak için kullanmaya teşebbüs ettiği müesseseler, bu tür geleneklerin hüküm sürmediği ülkelere nakledildikleri zaman daima kifayetsiz kalmıştır. Bu kurumlar Batı halkları arasında bile şimdi eski fikirlerden -bu halkların mevcut konumlarını kazandığı özgürlük devirlerini mümkün kılan fikirler- daha çekici görünen yeni fikirlerin özgürlük üzerindeki olumsuz etkilerine karşı yeterli koruma sağlayamamışlardır.

Burada 'özgürlük' teriminin daha geniş bir tanımını yapmaya girişmeyeceğim ve neden bireysel özgürlüğü bu kadar önemli telakki ettiğim üzerinde uzun uzadıya durmayacağım. Buna bir diğer kitapta teşebbüs ettim. Fakat, neden kendisiyle tekrar tekrar özgürlük durumunu tasvir ettiğim kısa formülü, yani, herkesin kendi bilgisini kendi amaçlan içi kullanabilmesi durumunu, Adam Smith'in, klasik, 'her insan, adale! kanunlarını ihlal etmediği sürece, kendi çıkarlarını kendi yolunda takip etmek için mükemmelen özgür bırakılır (oluyor)'[42] cümlesine tercih ettiğime ilişkin birkaç cümle söylemeliyim. Benim bu tercihimin nedeni şudur: İkinci formül, gereksiz yere ve talihsiz bir şekilde, aslında öyle yapmaya niyet etmeksizin, bireysel özgürlük fikrinin egoizm ve bencillikle bir münasebeti olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bununla beraber, kendi amaçlarını izleme özgürlüğü, tam manasıyla altruist biri için de en azından en bencil bir için olduğu kadar önemlidir. Altruizm, bir meziyet olmak için,

insanın bir başka kişinin iradesini izlemek mecburiyetinde olmasını gerektirmez. Fakat şu bir hakikattir ki, aşın altruizm, diğer insanları altruistin önemli telakki ettiği amaçlara hizmet eder kılmak' arzusunu sergiler.

Burada şu inkâr edilemez gerçeğe dönmemize gerek yoktur: Bir kimsenin çabalarının diğer kimseler üzerindeki faydalı etkileri, o kimseye, çok defa, sadece, eğer o kimse birçok kimsenin insicamlı bir plan mucibince uyumlulaştırılmış gayretlerinin bir parçası olarak hareket ederse görünür olacaktır ve münferit birey için onu fazlasıyla alakadar eden (endişelendiren) fenalıklar hakkında fazla bir şey yapmak çok defa güç olabilir. Fakat, şüphesiz, bu gibi amaçlar için, onu uyumlulaştırılmış eylemde rol almaya muktedir kılacak organizasyonlara katılabilmek (veya onları yaratabilmek) bireyin hürriyetinin parçasıdır. Altruistin amaçlarının bazıları sadece kolektif eylemle elde edilebilir ama, bütünüyle bencil eylemler de çok defa kolektif eylem yoluyla elde edilecektir. Altruizm ile kolektif eylem arasında veya egotizmle bireysel eylem arasında hiçbir zorunlu münasebet yoktur.

Özgürlük yalnızca özgürlük ilkeleri izlenerek korunabilir ve idare-i maslahat yolu izlenerek tahrip edilir

Uygarlığın faydalarının herhangi bir önceden tasarlanarak uyumlulaştırılmış eylemde kullanılabilecek olandan daha fazla bilginin kullanılmasına dayandığı kavrayışından, kendi başlarına arzuya şayan görünen muayyen unsurları bir araya getirmek suretiyle istediğimiz gibi bir toplum inşa etmenin bizim kudretimiz dahilinde olmadığı çıkar. Bütün yararlı düzeltmelerin parça parça olmasının gerekmesine rağmen, ayrı ayrı adımlara tutarlı bir ilkeler heyetince rehberlik edilmezse, sonuç muhtemelen ferdi özgürlüğün bastırılması olacaktır.

Bunun sebebi, nadiren anlaşılmasına rağmen, çok basittir. Hürriyetin değeri, onun önceden görülemeyen ve önceden tahmin edilemeyen eylemler için sağladığı fırsatlara dayandığı için, belirli bir özgürlük sınırlaması yüzünden kaybettiğimiz şeyleri nadiren biliriz. Özgürlük üzerindeki herhangi bir sınırlama ve genel kuralların icrasından başka herhangi bir zorlama, bazı önceden görülebilir sonuçların elde edilmesini hedefleyecektir, fakat onlarla neyin engellendiği genellikle bilinmeyecektir. Piyasa düzenine herhangi bir

doğrudan müdahalenin dolaysız sonuçlan çoğu durumda yakın ve açıkça görülebilir olacak, daha dolaylı ve uzak etkileri ise bilinmeyecek ve bu sebeple ihmal edilecektir.[43] Bu gibi müdahalelerle belirli sonuçlan elde etmenin bütün maliyetlerinin hiçbir zaman tam olarak farkında olmayız.

Aynı şekilde, her bir mevzuyu müstakilen onun bireysel meziyetleri olarak beliren şeylere dayanarak karara bağlarsak, merkezi idarenin avantajlarını daima abartırız. Bu durumda tercihimiz, muntazaman, bir bilinen ve elle dokunulabilir kazanç ile bilinmeyen kişilerin bazı bilinmeyen yararlı eylemlerinin önlenmesi ihtimali arasında bir seçim yapma meselesi hüviyetinde meydana çıkacaktır. Dolayısıyla, eğer hürriyetle zorlama arasındaki tercih bir uygunluk meselesi olarak ele alınırsa'[44], özgürlük hemen hemen her seferinde feda edilmeye mahkumdur. Belirli bir durumda insanların kendi tercihlerini yapmalarına müsaade etmenin sonucunun ne olacağını her zaman için bilmemiz söz konusu olamayacağından, her bir seferindeki kararı sadece önceden görülebilen muayyen sonuçlara bağlı kılmak, özgürlüğün gitgide artan ölçüde tahribine yol açmaktadır. Muhtemelen, hürriyet üzerinde, sebep olacakları özgül kaybı bilmediğimiz bahanesiyle haklılaştırılamayacak pek az sınırlama vardır.

Özgürlüğün, ancak, belirli yararlar için feda edilememesi gereken bir üstün ilke olarak ele alınırsa muhafaza edilebileceği, on dokuzuncu yüzyılın lider liberal düşünürleri tarafından tamamıyla anlaşılmıştı, hatta bu düşünürlerden biri liberalizmi 'ilkeler sistemi' şeklinde tarif etti. Bu yaklaşım onların 'siyasal ekonomide görülen ve görülmeyen şeyler' ve 'temsilcilerinin niyetlerinin tersine, kaçınılmaz bir şekilde sosyalizme sürükleyen pragmatizm' hakkındaki uyanlarının ana fikridir.

Mamafih, bütün bu ikazlar boşa gitmiştir ve ilkelerin gitgide bertaraf edilmesi suretiyle pragmatik olarak ilerlemek (davranmak) yolunda gittikçe artan kararlılık, sosyal ve ekonomik politikadaki ne mühim icatlardan biridir. Bütün ilkelere ve 'izmler'e kaderimiz üzerinde daha büyük hakimiyet kazanmak için daha baştan küfretmemiz gerektiği, şimdi çağımızın yeni bilgeliği olarak ilan edilmektedir. Her göreve, onun çözümüne en uygun, herhangi bir dogmatik inanç tarafından zincire vurulmamış 'sosyal teknikler'i tatbik etmek, bazı kimselere rasyonel ve bilimsel bir çağa layık yegâne hareket tarzı olarak görünmektedir. 'İdeolojiler', yani prensip

dizileri, genel olarak, I. Napolyon ve Karl Marx gibi muhteris diktatörlerin, kelimeye çağımızdaki küçültücü anlamını veren bu iki adamın indinde oldukları kadar sevilmez (tutulmaz) hale gelmişlerdir.

Eğer yanılmıyorsam,'ideoloji'ye veya bütün genel ilkelere, yahut 'izmler'e yönelik moda istihfaf, kendi ideolojilerini onun asli çelişkileri tarafından ıskartaya çıkarmaya zorlanmaları yüzünden, bütün ideolojilerin yanlış olması icap ettiği ve rasyonel olmak için insanın ideolojisiz olması gerektiği mütalaasına varmış olan, hayal kırıklığına uğramış sosyalistlerin karakteristik bir özelliğidir. Fakat, onların mümkün olduğunu tahayyül ettikleri gibi, sırf insanın bilinçli olarak kabul ettiği belirli aşikâr amaçlar tarafından yönlendirmek ve muayyen arzuya şayan amaçlara yardım ettiği ispat edilemeyecek bütün genel değerleri reddetmek (veya Max Weber'in 'amaçsal rasyonalite' olarak adlandırdığı şey tarafından kılavuzluk edilmek) imkânsızdır. Gerçi, herkesin itiraf edeceği gibi, bir ideoloji bazen 'ispat' edilemeyecek (veya doğru olduğu gösterilemeyecek) bir şeydir ama, yine de o, yaygın biçimde benimsenmesi ulaşmaya çalıştığımız belirli şeylerin çoğu için vazgeçilmez bir koşul teşkil eden bir şey olabilir.

Kendi kendilerine 'modern realistler' adını takanlar, eğer gayri sistematik bir şekilde kendiliğinden doğan düzene müdahale etmeye başlanırsa hiçbir fiili mümkün duruş noktasının bulunmadığı ve bu sebeple alternatif sistemler arasında seçim yapmanın zaruri olduğu hatırlatmasına istihfafla bakarlar. Tecrübeyle ve dolayısıyla 'bilimsel' olarak ilerleyerek, arzuya şayan bir düzeni, her bir arzu edilen sonuç için, bilimin kendilerine o sonucu elde etmenin en uygun aracı olarak gösterdiği şeyi seçmek suretiyle parça parça hazırlamakta muvaffak olacaklarını düşünmekten mutlu olurlar.

Bu yönteme karşı itirazlar, benim daha önceki kitaplarımdan birinin başına geldiği gibi, yanlış anlaşıldığından, bu ikazların amaçları üzerinde biraz daha durmak yerinde olabilir. Esaret Yolu ileri sürmek istediğim, kesinlikle, hür bir toplumun ilkeleri telakki ettiğim şeyden, ne kadar hafifçe olursa olsun, ayrılırsak, kaçınılmaz bir şekilde totaliter sistemin yoluna girmeye tam olarak sürükleneceğimiz değildi. Ondan ziyade, 'Eğer prensiplerinizi ıslah etmezseniz cehenneme gideceksiniz' dediğimiz vakit daha sade lisanda ifade edilen şeydi. Bunun, çoğu defa, bir kere girdikten sonra üzerinde hiçbir güce sahip olmadığımız zorunlu bir süreci tasvir ediyormuş gibi

anlaşılması, yalnızca, siyasetin belirlenmesi açısından prensiplerin öneminin ne kadar az anlaşıldığının ve özellikle, siyasal eylemlerimizle öyle olmasını amaçlamadan daha ileri eylemleri lüzumlu kılacak ilkelerin kabulünü sağladığımız temel gerçeğinin nasıl tamamıyla ihmal edildiğinin bir göstergesidir.

Görüşlerinin yeniliğiyle övünen hayalci modern 'realistler'in ihmal ettiği, Batı dünyasının gerçekten geride kalan iki veya üç nesildir yapmakta olduğu ve mevcut politikaların çıkmazlarından sorumlu olan bir şeyi savunuyor olmalarıdır. Liberal ilkeler devrinin sonu olarak, pekâlâ, seksen yıldan fazla bir süre önce, W. S. Jevons'un ekonomik ve sosyal politika 'hiçbir katı kural bırakamayız, fakat her durumu kendi değeri üzerinde ayrıntılarıyla ele almalıyız' görüşünü telaffuz ettiği tarih gösterilebilir. On yıl sonra Herbert Spencer daha o zamandan 'acili-yeti olan yerindeliğe dayalı faaliyetler üzerinde, engeller içeren' veya 'soyut ilkelere dayanan' 'her doktrin için istihfaftan daha azını göstermeyen' egemen siyaset okullarından söz edebilmekteydi.

Siyasete bu kadar uzun süre hükmeden bu 'realistik' (gerçekçi) görüş, taraftarlarının arzu ettiği sonuçlan üretmedi. Kaderimiz üzerinde daha büyük hakimiyet kazanmış olmak yerine, aslında kendimizi, daha sık bir şekilde önceden tasarlayarak seçmediğimiz bir yola bağlanmış ve asla niyetlenmediğimiz halde, yaptığımız şeyin sonucu olan ve daha aşırı eylemi gerektiren 'kaçınılmaz mecburiyetler' ile yüzleşmiş bulduk.

Politika 'mecburiyetleri' genellikle daha önceki aşamaların sonuçlarıdır

Sık sık ileri sürülen, belirli politik tedbirlerin kaçınılmaz olduğu fikri ender bir iki taraflı görünüme sahiptir. Bu tezi kullanan kişilerce uygun görülen gelişmeler bakımından, bu görüş kolaylıkla kabul edilir ve eylemlerin haklılaştırılmasında kullanılır. Ne var ki, gelişmeler istenmeyen bir hal alınca, bunun kontrolümüz dışındaki şartların sonucu olmadığı, fakat daha önceki kararlarımızın zorunlu sonucu olduğu fikri istihfafla reddedilir. Toplumumuzun sahip olmasını dilediğimiz herhangi bir özellikler bileşimini toplamakta ve seçmekte veya bu özellikleri yaşayabilecek bir bütün halinde bir araya koymakta tamamıyla serbest olmadığımız, yani, arzuya şayan bir sosyal düzeni, en çok sevdiğimiz belirli parçaları seçmek

suretiyle bir mozaik gibi inşa edemeyeceğimiz ve pek çok iyi amaçlı tedbirlerin uzun bir beklenmedik ve istenmeyen sonuçlar zinciri yaratacağı fikri çağdaş insana tahammül edilmez bir fikir olarak görünmektedir. Çağdaş insana, yapmış olduğu şeyi aynı zamanda istediği vakit arzularına uyması için değiştirebileceği ve değiştirebileceği şeyi daha evvelce yapmış olması gerekeceği öğretilmiştir. Günümüz insanı bu saftirik inancın daha önce tartıştığımız 'yapma' kelimesinin müphemliğinden kaynaklandığını henüz öğrenmemiştir.

Gerçekte, şüphesiz, belirli tedbirleri (adımları) kaçınılmaz görünür kılacak esas durum, genellikle, geçmiş eylemlerimizin ve şimdi benimsenen fikirlerin sonucudur. Siyasetin 'zorunlulukları'nın ekserisi bizim kendi eserimizdir. Bizzat ben kendim, şimdi, benden daha yaşlılar tarafından birden çok defa onların politikalarının önceden sezdiğim belirli sonuçlarının asla vuku bulmayacağının söylendiğini ve daha sonra o sonuçlar belirince, benden daha genç olanlarca bunların kaçınılmaz ve fiiliyatta yapılmış olan şeylerden tamamen bağımsız olduklarının ifade edildiğini görmüş olmaya yetecek kadar yaşlıyım.

İstediğimiz her bir unsuru hemen bir araya koyarak insicamlı bir bütün elde edemeyecek oluşumuzun sebebi, bir kendiliğinden doğan düzen çerçevesindeki herhangi bir özgül düzenlemenin uygunluğunun bu düzenin bütün geriye kalan kısmına dayanacak ve düzende yaptığımız her özgül değişikliğin, onun farklı bir durumda nasıl işleyeceği hakkında bize çok az şey bildirecek olmasıdır. Bir tecrübe bize yalnızca herhangi bir yeniliğin belirli bir çerçeveye uyup uymadığım söyleyebilir. Fakat, bireysel problemlerin özgül çözümlerini keyfî olarak denemek yoluyla ve rehber ilkeleri izlemeksizin insicamlı bir düzen kurabileceğimizi umut etmek hayaldir. Tecrübe bize farklı sosyal ve ekonomik sistemlerin bir bütün olarak yararlılığı hakkında daha çok şey anlatır. Lâkin, modern toplumlar kadar kompleks bir düzen ne bir bütün olarak ne de her bir parçayı geride kalanları göz önünde tutmaksızın biçimlendirmek suretiyle dizayn edilebilir. Fakat yalnızca, bir evrim sürecinin başından sonuna, belirli ilkelere insicamlı biçimde yapışmak suretiyle dizayn edilebilir.

Bu demek değildir ki, söz konusu ilkeler, zorunlu olarak, ifade edilmiş kurallar biçimini almalıdır. Kesin olarak ifade edilir edilmez doğrulukları

veya geçerlilikleri hakkında spekülasyon başlamasına karşılık, bazı şeylerin basitçe 'yapılmaz' olduğunu gösteren, muhakeme edilmemiş bir değer yargısından, bir genel duygudan daha fazla bir şey olmayarak meydana çıktıkları zaman, kurallar, eylem için daha yararlı (etkili) kılavuzlardır. Muhtemelen doğrudur ki, on sekizinci yüzyılda, genel ilkeler hakkında spekülasyona pek az yer veren İngilizler, bu sebeple, hangi tür siyasal eylemlerin caiz olduğu hakkındaki güçlü fikrilerden, bu gibi ilkeleri keşfetmek ve benimsemek için sıkı gayret gösteren Fransızlardan çok daha fazla yararlanmıştır, İçgüdüsel kesinlik, belki 'sezgisel' olarak riayet edilmiş olan ilkeleri kelimelerle ifade etmeye yönelik başarısız teşebbüslerin bir sonucu olarak, bir defa kaybolunca, böyle bir rehberliği tekrar ele geçirmenin, daha önce zımnen bilinmiş olan şeyin doğru dürüst bir ifadesini araştırmaktan başka bir yolu yoktur.

On yedinci ve on sekizinci yüzyılda, İngilizlerin, 'yapılan hataların içinden başarıyla çıkma' hünerleri ve 'uzlaşmacı ruh'ları sayesinde, ilkeler hakkında fazla konuşmaksızın, yaşayabilir bir sistem kurmayı başardığı, oysa, Fransızların, vazıf faraziyeler ve açık formülasyonlar hakkındaki bütün meraklarıyla bunu yapamadıkları izlenimi yanıltıcı olabilir. Gerçek şudur: Fransa'da temel prensipler hakkındaki doludizgin spekülasyon herhangi bir ilkeler dizisinin hakim olmasını (nüfuz etmesini) önlerken, İngilizler, ilkeler hakkında çok az lâkırdı etmelerine rağmen, çok daha sağlam şekilde ilkeler tarafından yönlendirildiler.

Eylemlerimizin yalnızca mümkün sonuçlarından ziyade önceden sezilir sonuçlarına daha büyük önem verme tehlikesi

Özgür bir sistemin muhafazasının böylesine güç olması, tamamen, onun, belirli sonuçları garanti etmek için gerekli görünen tedbirlerin, onların bir genel kuralla çatışmalarından daha güçlü olmayan bir temelde ve çok defa biz kurala belirli bir durumda riayet etmemenin maliyetlerinin neler olacağını bilmediğimiz halde, daimî surette reddini gerektirmesi yüzündendir. Bundan dolayı, başarılı bir özgürlük müdafaası dogmatik olmalı, ve özgürlükten özgürlüğün ihlâlinden bilinen faydalı sonuçlara ilâveten bazı muayyen zararlı sonuçların dasadır olacağını göstermenin mümkün olmadığı durumlarda bile, uygunluk düşüncesiyle hiçbir taviz vermemelidir. Hürriyet, yalnızca, eğer belirli durumlara tatbiki hiçbir

haklılaştırma gerektirmeyen genel bir ilke olarak kabul edilirse hüküm sürecektir. Dolayısıyla klâsik liberalizmi aşırı doktriner olduğu gerekçesiyle kınamak bir yanılgıdır. Onun hatası ilkelere aşırı inatla yapışmak değildi, daha çok, açık rehberlik sağlamaya yetecek kadar kesin ilkelerden mahrum olması ve çoğu defa, basitçe, hükümetin geleneksel fonksiyonlarını kabul eder ve bütün fonksiyonlara karşı çıkar gibi görünmesiydi. Tutarlılık yalnızca eğer belirli ilkeler kabul edilirse mümkün olabilir. Fakat on dokuzuncu asır liberallerinin kullandığı özgürlük fikri birçok bakımlardan berrak bir rehberlik sağlayamayacak kadar müphemdi.

Eğer belirli ilkelere güçlü bir inanç duyulmazsa insanlar, ferdi özgürlük üzerindeki, onlarca bilinen bir fenalığın en basit ve en doğrudan çaresi olarak görünen sınırlamalardan sakınmayacaklardır. Böyle bir inanç kaybının doğması ve uygunluk düşüncesinin yeğlenmesi kısmen artık rasyonel olarak savunulabilecek herhangi bir ilkeye sahip olmamamız gerçeğinin bir sonucudur. Bir zamanlar kabul edilmiş olan sayı üstünlüğü yöntemi özgür bir sistemde neyin caiz olup neyin caiz olmadığına karar vermeye elverişli değildir. Bugün artık 'özgür sistem' teriminin sadece müphem bir şekilde tasvir ettiği şey için genel kabul gören bir isme bile sahip değiliz. Şüphesiz ne 'kapitalizm' ne de laissez faire terimi onu lâyıkı veçhile tasvir etmektedir; ve her iki terim de, anlaşılabilir bir şekilde, özgür bir sisteme düşman olanlar arasında özgür bir sistemi müdafaa edenler arasında olduğundan daha çok rağbet görmektedir. 'Kapitalizm' en fazla böyle bir sistemin belirli bir tarihi safhadaki kısmî kavranışı için münasip bir isimdir, fakat, bu kavram, kapitalizm gerçekte müteşebbisler ve yöneticiler üzerine sevilmeyen ve kaçılmak istenen bir disiplin yükleyen bir sistem olmasına rağmen, esas itibariyle kapitalistlerin faydalandığı bir sistemi ima ettiği için» daima yanıltıcıdır. Laissez faire hiçbir zaman sayı üstünlüğü yönteminden daha fazlası olmadı. O gerçekten hükümet gücünün suiistimaline karşı bir protestoyu ifade etti, fakat asla, insanın hükümetin uygun fonksiyonlarının neler olduğuna onun vasıtasıyla karar verebileceği bir kıstas sağlamadı. Bu söylenenlerin aynısı, hatta daha fazlasıyla, bireyin özgür alanının bir tanımına sahip olmaksızın çok az şey ifade eden 'serbest teşebbüs' ve 'piyasa ekonomisi' terimleri için de geçerlidir. Bir zamanlar belki ana noktayı diğer herhangi bir kelimeden daha iyi ifade etmiş olan 'kanun çerçevesinde özgürlük' ifadesi de neredeyse anlamsız hale gelmiştir,

zira hem 'hürriyet' hem de 'kanun' artık berrak bir anlama sahip değildir. Ve geçmişte yaygın biçimde ve doğru olarak kavranan yegâne terim, yani 'liberalizm', 'bu idealin muhalifleri tarafından, üstün fakat hak edilmemiş bir övgü olarak kendilerine mal edilmiştir'.

Genel okuyucu bu terimlerle ifade edilen idealden daha şimdiden ne kadar uzaklaşmış bulunduğumuzun tam manasıyla farkında olmayabilir. Hukukçu veya siyaset bilimcisi, taraftarlığını yapmakta olacağım şeyin, umumiyetle gözden kaybolmuş ve hiçbir zaman büsbütün gerçekleştirilmemiş bir ideal olduğunu derhal görecekken, muhtemelen doğrudur ki, insanların çoğunluğu bu ideale benzer bir şeyin hâlâ kamu işlerini yönettiğine inanır. İdealden çoğu insanların kavradığından böylesine fazla uzaklaşmış olmamız yüzünden ve bu gelişmenin, kısa sürede durdurulmadığı takdirde, toplumu kendi ivmesiyle, özgür bir toplumdan totaliter bir topluma dönüştürecek olması yüzündendir ki, siyasal eylemlerimize rehberlik eden genel ilkeleri yeniden gözden geçirmeliyiz. Hâlâ şimdi olduğumuz kadar özgürüz, Çünkü, geleneksel fakat hızla yok olmakta olan bazı peşin hükümler, şimdiye dek yaptığımız değişikliklerin özgül mantığının gittikçe genişleyen bir alanda otoritesini ortaya koyuş sürecine şu veya bu ölçüde engel olmaktadır. Mevcut fikir ortamında, totaliteryenizmin kati muzafferiyeti, gerçekten, zaten entelektüel alanda hakim olan fikirlerin yalnızca bir gelenekçi direniş üzerindeki nihai zaferinden daha fazla bir şey olmayacaktır.

Sahte realizm ve ütopyayı eleştirmek için gerekli cesaret

Karmaşık kendiliğinden doğan düzenler meselesinde hiç bir suretle kendiliğinden doğan düzenlerin üzerlerinde işlediği genel kaideleri belirlemekten veya çevredeki herhangi bir olayın meydana getireceği belirli değişiklikleri önceden tahmin etmekten daha fazlasına muktedir olamayacağımız yolundaki metodolojik kavrayışın politika (policy) hususunda daha ileri noktalara ulaşan neticeleri vardır. Bu, kendiliğinden doğan düzenleyici güçlere bel bağladığımız yerlerde (durumlarda), çoğu defa, değişmiş harici durumlara adaptasyonu sağlamak için gerekli değişiklikleri önceden bilmeye ve, bazen, belki bozulmuş bir 'istikrar' veya 'denge'nin onarılmasını ne şekilde başarılabileceğine bile akıl erdirmeye muktedir olamayacağız demektir. Kendiliğinden doğan düzenin mekanizmasının, eğer bütün düzen parçalanmayacaksa, her nasılsa

çözülmesi gerektiğini bildiğimiz cinste bir 'problem'i nasıl çözeceğini bilmeyiş, çoğu defa paniğe benzer bir telaş ve bozulmuş dengenin onarılması için hükümet eylemine yönelik talep yaratır.

Çoğu zaman kendiliğinden doğan bütüncül düzenin karakterini kısmi bir kavrayış kabiliyetinin elde edilmesi dahi tasarımlı kontrol taleplerinin sebebi olur. Ticaret dengesi veya herhangi bir malın arz ve talebinin tekabüliyeti, herhangi bir karışıklıktan sonra kendi kendilerini kendiliğinden düzelttikleri sürece insanlar kendilerine bunun nasıl olduğunu nadiren sormuşlardı. Fakat, bu gibi daimi düzeltmelerin gerekliliğinin bir kere farkına varınca birisinin onları tasarımlayarak meydana getirmekle sorumlu kılınması gerektiği hissine kapılmışlardır. İktisatçı, tam da kafasındaki kendiliğinden doğan düzen şematik kendiliğinden doğan güçlere müdahale etmezsek, gerekli dengenin her nasılsa kendisini tesis edeceği yolundaki sağlam tezle karşılayabilir; fakat, bunun nasıl olacağını kesin olarak önceden görmeye çoğu zaman muktedir olmadığından, tezleri pek inandırıcı değildir.

Lâkin, kendiliğinden doğan güçlerin bozulmuş dengeyi muhtemelen nasıl onaracağını önceden sezmek mümkün olduğu zaman, durum daha bir kötü olur. Önceden sezilmeyen olaylara intibak zorunluluğu daima birine zarar verileceği, birinin beklentilerinin boşa çıkacağı, gayretlerinin engelleneceği anlamına gelecektir. Bu, icap eden düzeltmenin, fiiliyatta otoritenin kimin zarara uğratılacağına karar vermesi anlamına gelen, tasarımlı rehberlikle meydana getirilmesi talebine yol verir. Bunun sonucu, çoğu defa, lüzumlu düzeltmelerin, her ne zaman önceden sezilebilirlerse önlenecek olmalarıdır.

Bilimin siyasete rehberlik etmek üzere temin edebileceği yararlı kavrayış gücü kendiliğinden doğan düzenin genel tabiatıyla ilgili bir idrakten ibarettir, bir somut durumun özellikleriyle ilgili, sahip olmadığı ve olamayacağı herhangi bir bilgi değildir. Bilimin siyasal sorunlarımızın çözümüne yardımcı olmak üzere sahip olduğu şeyin doğru takdiri -ki on dokuzuncu yüzyılda oldukça yaygındı- bilimsel metodun mahiyetiyle ilgili, şimdi moda olan bir yanlış anlayıştan, bilimin muayyen gözlemlenmiş olguların (gerçeklerin) toplamından mürekkep olduğu doğrultusundaki, sadece genel olarak bilim söz konusu olduğu sürece yanıltıcı, fakat kompleks bir kendiliğinden doğan düzenin parçalarıyla meşgul olmak

zorunda olduğumuz yerde iki kat yanıltıcı inançtan kaynaklanan yeni bir eğilim tarafından örtbas edildi. Böyle bir düzenin herhangi bir parçasındaki bütün olaylar birbirine bağlı olduğundan ve bu cins bir soyut düzen bireysel beliklerle teşhis edilebilecek hiçbir mütekerrir somut parçaya sahip olmadığından, gözlem yoluyla onun parçalarının herhangi birinde düzenlilikler keşfetmeye çalışmak ister istemez beyhudedir. Bu alanda bilimsel olma iddiasında bulunabilecek yegâne teori bir bütün olarak düzen teorisidir; ve böyle bir teori (hiç şüphesiz olgular üzerinde test edilmek mecburiyetinde olmasına rağmen), gözlem yoluyla tümevarımsal olarak asla elde edilemez, fakat sadece gözlenebilir unsurlardan mürekkep zihnî modeller inşa etmek yoluyla ortaya çıkartılabilir.

Yalnızca onlar empirik olarak gözlenebilir olduğu için bireysel olgular üzerinde yoğunlaşan, ve savunucularının, sadece kendilerinin 'soyut spekülasyon' olarak adlandırıldıkları şey tarafından istihsal edilebilecek türden bir toplu düzen fikri tarafından yol gösterilmeme iftihar ettiği uzağı göremeyen bilim anlayışı, hiçbir suretle bizim arzuya şayan bir düzen şekillendirme gücümüzü artırmaz, fakat gerçekte bizi başarılı davranış için lüzumlu, yararlı kılavuzluk hizmetinden mahrum eder. Kendi kendisini bütüncül düzenin mahiyetiyle ilgili herhangi bir yol gösterici fikirden müstağni kalabileceğine inanmakla aldatan ve kendini muayyen sonuçları elde etmenin belirli 'teknikleri'ni test etmekle sınırlandıran sahte 'realizm', gerçekte son derece hayalcidir. Bu tavır, bilhassa, çoğu zaman yaptığı gibi, belirli bir fikir ortamındaki 'elverişlilik' (pratiklik) düşüncesiyle muayyen tedbirlerin tavsiye edilebilirliği yargısına meydan verdiği zaman, bizi yalnızca daha ağır bir çıkmaza sürüklemeye meyleder. Böyle bir hal, hepsi de, onları savunanların aynı zamanda sessizce varlığını tasdik ettiği bütüncül sosyal düzeni tahrip etmeye temayül eden, birbiri peşi sıra gelen aşamaların nihâi sonuçları olsa gerektir.

İnkâr edilmeyecektir ki, kılavuzluk edici bütüncül düzenin modeli, bir dereceye kadar, daima bir ütopya, mevcut durumun sadece hayli yetersiz bir yaklaşma teşkil edeceği ve pek çok m sanın tamamıyla icra edilemez olduğunu düşüneceği bir şey olacaktır. Ancak aynı ilkelerin insicamlı biçimde izlenmesiyle gerçekleştirilebilecek iç tutarlılığa sahip rehberlik edici bir model fikrinin her zaman sıkı sıkıya benimsenmesi suretiyledir ki işleyen bir kendiliğinden doğan düzen için etkili bir çerçeve elde

edilecektir. Adam Smith, 'Gerçekten, Büyük Britanya'da ticaret özgürlüğünün tamamen tesis edilmesini ummak bir Okyanus'un veya bir Ütopyanın orada kurulmasını beklemek kadar abestir şeklinde düşünmüştü. Lâkin, yetmiş yıl sonra, büyük ölçüde Smith'in çalışmalarının bir sonucu olarak, tam bir ticaret özgürlüğü kazanıldı.

Ütopya, ideoloji gibi, bugün kötü bir kelimedir; ve çoğu ütopyaların toplumu radikal biçimde yeniden dizayn etmeyi amaçladığı ve gerçekleştirilmelerini imkânsız kılan dahili çelişkilerden zarar gördüğü doğrudur. Bununla beraber, bütünüyle elde edilebilir olmayabilen bir toplumun ideal tasviri, veya hedef olarak alınacak bütüncül düzen rehberlik edici fikri, sadece her rasyonel politikanın vazgeçilmez ön şartı değildir, fakat aynı zamanda bilimin pratik politika problemlerinin çözümüne yapabileceği başlıca katkıdır.

Hukukçunun siyasal evrimdeki rolü

Modern toplumda tasarımlı değişimin baş aleti kanun yapma faaliyetidir. Fakat her bir tek kanun yapma eyleminden evvel ne kadar dikkatlice düşünürsek düşünelim, hukuki sistemi bir bütün olarak baştan sona yeniden dizayn etmek, veya bütün sistemi tutarlı bir tasarıya göre yeniden yapmak serbestisine sahip değiliz. Kanun yapma, zorunlu olarak, içindeki her adımın, ondan sonra ne yapabileceğimiz veya ne yapmamız gerektiği açısından o ana kadar tahmin edilmemiş sonular hasıl ettiği devamlı bir süreçtir. Bir hukuk sisteminin parçalan, birbirine, etraflı bir bütüncül görüşe uygun olarak (göre), genel ilkelerin çoğu defa açıkça dahi bilinmeyen fakat sadece atılan belirli adımlarla zımnî olarak var olan ilkelerin- belirli problemlere birbirini takiben uygulanmak suretiyle tedrisi olarak bir diğerine intibak ettirilmiş olması anlamında, pek de fazla uydurulmuş değildir. Bir Büyük Toplum'un belirli faaliyetlerinin hepsinin tutarlı bir plana göre tasarımlı biçimde düzenlemenin mümkün olduğunu tahayyül edenler açısından, bunun, bütün hukuk gibi bir parçası için dahi mümkün olmaması, gerçekten son derece uyarıcı bir vakıa teşkil etmelidir. Pek az olgu, hakim fikirlerin, nasıl başlangıçta hiç kimsenin arzu etmemiş veya önceden sezememiş olduğu, fakat zamanı gelince kaçınılmaz görünen aşamalar hasıl ederek, daimi bir değişim meydana getireceğini, hukukun değişimi sürecinden daha açık bir şekilde gösterir. Bu süreçteki tek tek her

adım, daha önceki kararlarla konulan (veya onlarda gömülü) ilkeler daha sonra önceden sezilmeyen şartlara uygulandığı zaman doğan problemler tarafından belirlenir. Bir bütün olarak hiç kimse tarafından irade edilmemiş değişiklikler istihsal eden bu 'hukukun iç dinamikleri' hakkında özellikle esrarengiz hiçbir şey yoktur.

Bu vetirede, bireysel hukukçu, bilinçli biçimde ön ayak olmaktan ziyade, zorunlu olarak bilmeden o işi yapan bir araç, bir bütün olarak görmediği olaylar zincirindeki bir halkadır, ister bir yargıç olarak ister bir yasa önerisinin hazırlayıcısı olarak hareket etsin, kararım uydurması gereken genel kavramlar çerçevesi hukukçuya dışardan verilir ve onun görevi bu genel hukuk ilkelerini uygulamaktır, onları sorgulamak değildir. Kararların gelecekteki implikasyonları hakkında ne kadar endişeli olabilin olsun, onları, yalnızca kendisine verilmiş olan diğer bütün kabul edilmiş hukuk kuralları çerçevesinde yargılayabilir. Bu, şüphe siz, olması gereken şeydir, hukukçunun bütün sistemi insicamlı kılmaya çalışması hukuki tefekkürün ve âdil kararların özüdür.

Çoğu zaman denir ki hukukçu muhafazakâr mesleki önyargılara sahiptir. Belirli durumlarda, yani hukukun bazı temel ilkeleri uzun zamandır kabul edildiğinde, bu ilkeler, gerçekten, hukuk sistemi içindeki her bir tek kuralı ve uygulamayı olduğu kadar bütün hukuk sistemi büyük bir dahili istikrara sahip olacaktır. Her hukukçu, sistemin diğer kısmıyla uyum içinde olmayan bir kuralı yorumlamak zorunda olduğu zaman, diğerleriyle uyuşur yapmak için o kuralı eğmeye -bükmeye uğraşacaktır. Böylece, bir bütün olarak hukukçuluk mesleği, gerçekte, ara sıra, kanun yapıcının amacım geçersiz dahi bırakabilir; hukuka hürmetsizliğinden değil, fakat tam tersine, hukukçuların tekniklerinin onları hukukun hâlâ üstün olan parçasını tercih etmeye ve yabancı bir unsurun bütün ile ahenk içine girecek şekilde dönüştürecek, hukuka uydurmaya sürüklemesi yüzünden.

Mamafih, mevcut hukuk sisteminin ağırlıklı parçasıyla uyum içinde olmayan bir genel hukuk felsefesi yeni yeni hakimiyet kazandığı zaman durum tamamıyla farklıdır. Bu sefer, aynı hukukçular, aynı alışkanlıklar ve yöntemler yoluyla ve genellikle bilmeden, hukuku her ayrıntıya kadar dönüştürmekte, daha önce onu muhafaza etmekte oldukları kadar etkili bir dönüştürücü güç olacaklardır. İlk durumda hareket eksikliğini meydana

getiren güçler, İkincisinde, değişikliği, bütün hukuki yapı herhangi bir kimsenin geleceğini anladığı veya arzu ettiği noktanın çok ötesine taşınıncaya kadar hızlandırmaya meyleder. Bu sürecin, hâlâ hukuk kelimesini esas itibariyle anladığımız manada, yeni bir dengeye mi, yoksa bütün hukuki yapının parçalanmasına mı yol açacağı yeni felsefenin mahiyetine bağlı olacaktır.

Hukukun kendi iç güçleri tarafından dönüştürüldüğü böyle bir dönemde yaşamaktayız. Hali hazırda dönüşüm sürecine kılavuzluk eden ilkelerin kendi kendilerini en uç mantıki soflarına kadar izlemelerine müsaade edilirse, bireyin özgürlüğünün esas koruyucusu olarak bildiğimiz hukuk ortadan kalkmaya mahkûmdur. Daha şimdiden birçok alanlardaki hukukçular, onların yapmadığı bir genel kavramın aleti olarak, adalet ilkelerinin değil, fakat, içinde bireyin yöneticilerin amaçlarına hizmet eder kılındığı bir aygıtın cihazları hüviyetine girmişlerdir. Hukuki düşünce zaten hukukun fonksiyonlarıyla ilgili yeni fikirler tarafından yönetilir görünmektedir, o ölçüde ki, eğer bu fikirler insicamlı olarak uygulansa, bütün bireysel davranış kuralları sistemi bir organizasyon kuralları sistemine dönüştürülecektir.

Bu gelişmeler, gerçekten, başlıca ilgi konusu hâlâ zaman zaman 'hukukçunun hukuku' olarak tanımlanan şey, yani bir zaman için hukuk olarak telâkki edilmiş adil davranış kuralları olan pek çok profesyonel hukukça tarafından korkuyla fark edilmiştir. Fakat hukuk biliminde liderlik, tasvir ettiğimiz süreç esnasında, özel hukuk uygulayıcılarından kamu hukukçularına geçmiştir. Bunun sonucu şudur: Bugün özel hukuk dahil olmak üzere bütün hukukun gelişimini idare eden felsefi temel kavramlar hemen hemen tamamıyla esas işleri kamu hukuku veya hükümet örgütünün kuralları olan insanlar tarafından şekillendirilmektedir.

Hukukun, çağdaş gelişimine genellikle hatalı iktisat bilimi tarafından yön verilmiştir

Bununla beraber, bu ilişkiler durumu için iktisatçılardan çok hukukçuları sorumlu tutmak gayri adil olacaktır. Hakikaten, uygulamacı hukukçu, genel olarak, öğrenmiş olduğu ve tutarlı biçimde uygulanmaları onun görevi olan genel hukuk ilkelerini tamamen uygularsa vazifesini en iyi biçimde yerine getirmiş olacaktır. Ancak-hukuk teorisinde, bu genel ilkelerin formülasyonu

ve tafsilatlandırılması işleminde genel hukuk ilkelerinin yaşayabilir bir faaliyet düzeniyle ilişkileri temel problemi zuhur edebilir. Böyle bir formülasyon ve tafsilatlandırma işlemi açısından, eğer alternatif ilkeler arasında herhangi bir akıllıca tercih yapılacaksa, bu düzenin idraki mutlak biçimde zaruridir. Mamafih, geçmiş iki veya üç nesil boyunca, bu düzenin mahiyetinin doğru biçimde idrakinden çok yanlış anlaşılışı hukuk felsefesine yol göstermiştir.

Ekonomistler, kendi paylarına, en azından, aynı zamanda hukuk filozofları olan David Hume ve Adam Smith'in zamanından beri, kesinlikle, kendi argümanlarında varlıkları sessizce farz edilen hukuki kurallar sisteminin önemini hukukçulardan daha fazla kıymet atfetmemektedir. İktisatçılar kendilerinin bir doğal düzenin belirlenimiyle ilgili anlatımlarının (görüşlerini) hukuk teorisyenlerine hakkıyla yardımcı olabilecek bir biçimde nadiren ortaya koyarlar. Fakat, muhtemelen, bilmeden, bütün sosyal düzenin dönüştürülmesine hukukçular kadar katkıda bulunmuşlardır.

Bu, hukukun karakterinin son yüzyıllarda duçar olduğu büyük değişiklikler için düzenli olarak hukukçular tarafından verilen sebebi tetkik ettiğimiz zaman daha aşikâr hale gelir. İster İngiliz veya Amerikan, ister Fransız veya Alman hukukî literatüründe olsun, her yerde bu değişikliklerin sebebi olarak gösterilen sözde ekonomik zorunluluklar buluruz. Hukukçuların hukukun dönüşümünü açıklayışı, iktisatçıya bir miktar hüzün verici bir tecrübedir. Hukukçu, öncülerinin bütün günahlarının onun üstüne yüklendiğini görür. Hukukun çağdaş gelişimiyle ilgili izahlar, belirli değişiklikler için mecburen davet edildiği ileri sürülen, 'tersine çevrilemez zorlayıcı güçler' ve 'kaçınılmaz eğilimlerde havalelerle doludur. 'Bütün modern demokrasiler'in birini veya diğerini yapmış olması gerçeği bu gibi değişikliklerin lüzumunun veya hikmetinin kanıtı olarak ileri sürülür.

Bu anlatışlar şaşmaz biçimde geçmiş bir laissez faire devrinden söz ederler, sanki piyasayı daha yararlı biçimde işler kılmak veya onun sonuçlarını tamamlamak üzere hukuki çerçeveyi geliştirmek için gayret gösterilmeyen bir dönem var olmuş gibi. Hemen hemen istisnasız, onlar, tezlerini serbest teşebbüsün kol gücü ile çalışan işçilerin aleyhine işlediği yolundaki klâsik efsaneye istinat ettirirler ve 'erken kapitalizm' veya 'liberalizmin çalışan sınıfın maddi şartlarında bir gerileme hasıl ettiğini ileri sürerler. Hikâye,

yalan olmasına rağmen, zamanımızın folklorunun parçası haline gelmiştir. Şüphe yok ki, gerçek şudur: Serbest piyasaların gelişmesinin sonucu olarak, geride bıraktığımız yüz elli yıl boyuncu kol emeğinin ücreti tarihin daha önceki dönemlerinde görülmedik şekilde yükselmiştir. Çağdaş hukuk felsefesi çalışmalarının çoğu, aynı zamanda, rekabetin sözde kendi - kendini tahrip etme eğilimi veya modern dünyanın artmış karmaşıklığı tarafından yaratılmış 'planlama' ihtiyacı hak-kındaki, modası geçmiş, planlamanın yaygın biçimde kabul edildiği ve onun totaliteryen eğilimlerinin henüz açıkça anlaşılmadığı, otuz veya kırk yıl öncesinin 'planlama' için duyulan yüksek hayranlık dalgasından kaynaklanan klişeler ile de doludur.

Hakikaten, hatalı iktisadın, geride kalan yüz elli yıl boyunca, diğer herhangi bir yolla, genç hukukçulara yaşlılarınca bunun veya şunun yapılmış olmasının 'gerekli olduğu'nun, veya, bu gibi şartların belirli adımların atılmasını 'kaçınılmaz kıldığı'nın öğretilmesi tarafından yayılmış olduğu kadar yayıldığı şüphelidir. Yasama organının herhangi bir şey hakkında karar vermiş olması olgusunu o kararın hikmetinin delili olarak telâkki etmenin hukukçunun hemen hemen bir düşünce alışkanlığı olduğu görülmektedir. Mamafih, bunun anlamı şudur: Hukukçunun gayretleri ona yol gösteren önceki işlemlerin bilgeliğine ve akılsızlığına göre faydalı veya zararlı olacaktır ve hukukçu muhtemelen geçmişin bilgeliğinin devam ettiricisi olacağı kadar hatalarının sürdürücüsü de olacaktır. Eğer gözlemlenebilir gelişme eğilimini izlemeyi kendisi açısından mecburi kabul ederse, muhtemelen, yeni bir düzenin bilinçli yaratıcısı olacağı kadar, basitçe, anlamadığı değişikliklerin onun aracılığıyla kendilerini meydana getirecekleri bir alet de olacaktır.

Böyle bir durumda gelişmelerin arzu edilirliğinin kriterlerini hukuk bilimi içinde aramaktan çok başka bir yerde aramak zorunlu olacaktır.

Bu, sadece iktisat bilimi yasama faaliyetine rehberlik etmesi gereken ilkeleri tedarik eder demek değildir; ekonomik fikirlerin kaçınılmaz olarak yaptığı etkiyi nazarı itibara alarak, bu etkinin, bugün hukuki düşünceye hükmeder görünen, ekonomik gelişme hakkındaki mitler ve hikâyeler koleksiyonundan değil, sağlıklı iktisat ilminden gelmesinin dilenmesinin gerekmesine rağmen. Bizim fikrimiz daha ziyade şudur: Hukukun gelişmesine kılavuzluk eden ilkeler ve ön hükümler, kaçınılmaz olarak,

kısmen hukukun dışından gelirler ve bunlar yalnızca bir Büyük Toplum'daki faaliyetlerin yararlı biçimde nasıl düzenlenebileceği hakkında sahih bir fikre istinad ederlerse yararlıdırlar.

Sosyal evrimde hukukçunun rolü ve onun eylemlerinin belirleniş tarzı, gerçekten, hayati öneme sahip bir hakikatin, yani istesek de istemesek de, evrimi belirleyecek kesin faktörlerin, daima son derece soyut ve çoğu defa muayyen amaçlar ve somut arzular hakkında değil, neyin yanlış olduğu hakkında bilin-sizce tutulan fikirler olacak olmasının, en iyi açıklamasıdır. Bu, pek de öyle, insanların, sadece neyin yapılacağını değil, fakat aynı zamanda herhangi bir kimsenin onu yapma gücüne sahip olup olmayacağını da belirleyen müsaade edilebilir (caiz) yöntemler hakkındaki kanaatleri olarak, bilinçli biçimde amaçladığı şey değildir. Bu beşeri ilişkilerin en büyük inleyicileri tarafından daima tekrarlanan ve daima ihmal edilen şu mesajdır: 'İnsanlar daha çok çıkarlar tarafından yönetilir ise de, çıkarlar dahil bütün beşeri ilişkiler, tamamıyla fikir (kanaat) tarafından idare edilir'[45].

Çok az fikir, hakir görülecek bir ideoloji olarak adlandırılan şeyin, kendilerinin ondan azade olduğuna inananlar üzerinde, onu bilinçli olarak benimseyenler üzerinde olduğundan daha fazla egemenliğe sahip bulunduğu fikri kadar, becerikli insanlardan gelen inanmayışla karşılaşır ve hakim siyasal düşünce okulu tarafından böylesine çok ihmal edilir. Sosyal müesseselerin evrimiyle ilgili çalışmalar yapan araştırmacılar üzerinde, toplumsal kurumlan kesin olarak belirleyen şeyin, onların anında ortaya çıkan sonuçlarıyla ilgili iyi veya kötü amaçlar değil, fakat belirli konuların kendileri çerçevesinde karara bağlandığı genel ön fikirler olduğu gerçeğinden daha güçlü bir etkide bulunması gereken pek az şey mevcuttur.

Soyut fikirlerin gücü, genellikle, onların bilinçli biçimde sadece kuram olarak kabul edilmemeleri, fakat çoğu insanlar tarafından, zımni faraziyeler olarak işleyen kendiliğinden doğru hakikatler olarak muameleye tâbi tutulmaları gerçeğine dayanır. Fikirlerin bu egemen gücünün böylesine ender kabul ve itiraf edilmesi, umumiyetle, bazı büyük beyinlerin arkadan gelen nesiller üzerinde kendi özgül fikirlerinin izini bırakma gücüne sahip olduğunu varsayarak, sık sık fikirlerin bu hakimiyetinin aşırı derecede basitleştirilmiş tarzda ifade edil meşindendir. Fakat, şüphesiz, çok defa

insanlar fikirlerin varlığının farkında bile değilken, hangi fikirlerin hakim olacağı, geriye dönük biçimde taslak olarak dahi nadiren yeniden kurabileceğimiz yavaş ve son derece girift bir süreç tarafından belirlenir. Bizim bugünkü kararlarımızın, uzak bir geçmişte, sıradan insanlar onun hakkında herhangi bir şey dahi bilmeksizin ve yeni fikir formüle edenler onun sonuçlarının ne olacağının farkında bulunmaksızın meydana gelmiş bir olay tarafından belirlendiğini kabul ve itiraf etmek zorunda olmak kesinlikle kibir kırıcıdır. Yalnızca 'sokaktaki adamlar' değil, fakat aynı zamanda belirli alanlardaki uzmanlar da, bu fikirleri, düşünmeksizin ve genelde, basitçe, 'modern' olmaları yüzünden kabul ederler.

Bu dünyadaki en zararlı unsurların ekserisinin kaynaklarının çok defa kötü insanlar değil fakat âlicenap idealistler olduğunun ve özellikle totaliteryen barbarlığın temellerinin yarattıkları zürriyeti asla tanımamış olan muhterem ve iyi niyetli alimler tarafından döşendiğinin idrak edilmesi gereklidir[46]. Hakikat şudur: Özellikle hukuki alanda belirli yol gösterici felsefi fikirler, özgür ülkelerde dahi, bugünkü duruma son derece hayran, iyi niyetli teorisyenlerin, totaliteryen bir düzenin bütün temel kavramlarını daha şimdiden geliştirip tamamladığı bir durum meydana getirdi. Gerçekten, faşistlerden ve milliyetçi sosyalistlerden daha az olmamak üzere, komünistler, doktrinlerine ulaşmak için sadece peş peşe gelen hukuk teorisyenleri tarafından sağlanmış fikirleri kullanmak zorundaydılar.

Mamafih, burada, geçmiş bizi bugün kadar ilgilendirmemektedir. Batı dünyasmda(ki) totaliteryen rejimlerin çöküşüne rağmen, totaliter rejimlerin temel fikirleri teorik alanda zemin kazanmaya devam etmiştir, o kadar ki, bir hukuk sistemini tamamıyla bir totaliter hukuk sistemine dönüştürmek için şimdi bütün yapılması gereken, halihazırda soyut fikir sahasında hüküm sürmekte olan fikirlerin pratiğe aktarılmasıdır.

Bu durum hiçbir yerde, sadece büyük ölçüde dünyanın geri kalan kısmı için totaliter rejimleri üreten fikirleri temin etmekle kalmayan, fakat aynı zamanda soyut düşünce alanında geliştirilen bu fikirlerin batağına saplanan ilk ülkelerden biri olan Almanya'da olduğundan daha açık biçimde görülemez. Vasat Alman'ın, kendi tecrübesiyle, muhtemelen, totaliterizmin kolayca tanınır görünümlerine yönelik her bilinçli temayülden adamakıllı temizlenmiş olmasına rağmen, temel felsefi fikirler esas olarak soyut

düşünce alanına ricat etmiştir ve şimdi, ciddi ve son derece saygın alimlerin kalbinde kötü niyetle gizli bir halde, zamanla itibardan düşürülmediği takdirde, tekrar gelişmeleri yönlendirmeyi üstlenmeye hazırdır.

Gerçekten, sosyal düzenin mahiyeti hakkındaki fikirlerin hukukun gelişimini etkileme tarzının, Hitler'in iktidara gelmesinden çok evvel heybetli entelektüel enerjisinin tümünü bütün kavga şekilleri biçiminde liberalizme karşı bir dövüşe tevcih eden[47]; daha sonra Hitler'in baş hukuki müdafaacısı olan ve hâlâ Alman hukuk felsefecileri ve kamu hukukçuları üzerinde büyük tesiri bulunan ve karakteristik terminolojisi muhafazakâr filozoflar tarafından olduğu kadar Alman sosyalistleri tarafından da kolayca kullanılan Cari Schmitt'in teorilerinden daha iyi bir sergisi ve beyanı yoktur. Onun merkezi inancı, son olarak formüle ettiği üzere, şudur: Hukuk, liberal geleneğin 'normatif düşüncesinden, tedricen, teşrii otoritelerin iradesinin belirli meseleler üzerinde karar verdiği bir 'karar verici' safhaya, 'nomos idealinin somut bir düzen ve topluluğa delâlet eden bir total hukuk kavramı olarak yeniden yorumlanışı'nı istilzam eden bir gelişme olan bir 'somut düzen oluşumu' fikrine doğru ilerlemiştir. Diğer bir ifadeyle, hukuk, bireylerin faaliyetlerinin menzilini sınırlama yoluyla bireylerin özgür eylemleriyle kendiliğinden doğan bir düzenin oluşmasını mümkün kılan soyut kurallardan oluşmayacaktır, fakat, düzenleme veya organizasyonun, onun vasıtasıyla bireyleri somut amaçlara hizmet eder kılacağı aracı olacaktır. Bu, bir düzenleyici mekanizmada toplumun kendi -kendini düzenleyici güçlerinin ve hukukun rolünün artık anlaşamadığı bir entelektüel gelişmenin kaçınılmaz sonucudur.

Dördüncü Bölüm: DEĞİŞEN KANUN KAVRAMI

Hukuk yönetimden doğmamıştır, fakat yönetime ait olan şey hukuktan doğmuştur

Julius Paulus[48]

Kanun yasamadan eskidir

Yasama, yani tasarımlı kanun yapma faaliyeti, haklı olarak insanoğlunun bütün icatları arasında en ciddi sonuçlarla dolu, etkisi ateşten ve baruttan daha ötelere ulaşan bir icat olarak tasvir edilmiştir[49]. Asla 'icat edilmiş' olmayan hukukun kendisine benzemeksizin yasamanın icadı insanlık tarihinde nispeten geç ortaya çıkmıştır. O, insanların eline, bazı iyi şeyler elde etmek için ihtiyaç duydukları, fakat kötülük üretmeyecek tarzda kontrol etmeyi henüz öğrenmedikleri büyük bir güç aleti vermiştir. O insanın önüne tamamıyla yeni imkânlar açmış ve ona yeni bir kaderi üzerinde iktidara sahip olma hissi vermiştir. Bununla beraber, bu güce kimin sahip olması gerektiği üzerindeki tartışma, bu gücün nereye kadar yayılması gerektiğiyle ilgili çok daha temel soruyu olmaması gereken bir biçimde aşın ölçüde gölgelemiştir. Onun sadece kötü insanlar tarafından kullanılması halinde zarar vereceğini düşündüğümüz sürece, çok tehlikeli bir güç olarak kalacaktır[50].

Zorunlu davranış kuralları anlamında hukuk, şüphesiz, toplumla yaşıttır; sadece ortak kuralların gözlenmesi toplumda bireylerin asude varlığını mümkün kılar[51]. İnsanoğlunun lisanı kendisini genel buyruklar vermeye muktedir kılacak derecede geliştirmesinden çok önceleri, birey bir grubun kurallarına uyduğu takdirde o grubun üyesi olarak kabul edilirdi. Bu gibi kurallar bir anlamda bilinmiyor olabilirlerdi veya hâlâ, keşfedilmek mecburiyetinde olabilirlerdi, çünkü, 'nasıl davranacağını bilmek' veya bir kimsenin eylemlerinin kabul edilmiş usullere uymadığını bilmek ile, bu gibi kuralları kelimelerle ifade etmek arasında yine de uzun bir mesafe vardır. Fakat, benimsenmiş kuralların neler olduğunun keşfedilmesi veya onların ifade edilmesinin (yahut onlara göre hareket edildiğinde tasvip edilecek kuralların kelimelerle telaffuz edilmesinin) özel bilgelik gerektiren bir görev olduğu genel olarak kabul edilmiş olmasına rağmen hiç kimse hukuku insanların istediği zaman keyfine göre yapabileceği bir şey olarak tasavvur etmemiştir.

'Kanun' kelimesini hâlâ hem tabiatı yöneten değişmez kurallar ve hem de insanların davranışlarını yöneten kurallar için kullanmamız tesadüf değildir. Her ikisi de başlangıçta insan iradesinden bağımsız biçimde mevcut bir şey

olarak düşünülmüşlerdir. Bütün iptidai antropomorfik düşünce eğilimlerinin çoğu defa insanları kanunun her iki türünü de bazı tabiatüstü varlıklara atfeder kılmasına rağmen, bu iki tür kanun insanın keşfetmeye çalışabileceği fakat değiştiremeyeceği ezeli ve ebedî hakikatler olarak telâkki edildiler.

Diğer taraftan, insan davranışını yöneten bütün kanunların yasama faaliyetinin mahsulü olduğu inancı çağdaş insana öylesine aşikâr görünür ki, kanunun kanun yapma etkinliğinden daha eski olduğu fikri neredeyse paradoksal bir görünüme sahiptir. Lâkin, kanunun insanın aklına kanunu yapabileceği veya onu değiştirebileceği gelmeden önce asırlar boyunca var bulunduğu hususunda hiçbir şüphe mevcut olamaz. İnsanın bunu yapabileceği inancı Antik Yunan'dan önce belirmemiştir ve o dönemde dahi sadece tekrar gözden kaybolmak ve ortaçağın sonlarında yeniden belirmek ve tedricen daha geniş kabul kazanmak üzere belirmiştir. Mamafih, şimdi geniş ölçüde benimsendiği şekliyle, yani bütün hukukun bir kanun koyucunun özgür (serbest) icadının mahsulü olabileceği, olması gerektiği şeklindeki ifade ediliş biçimiyle, olgusal olarak yanlıştır; daha evvel tasvir ettiğimiz kurucu rasyonalizmin hatalı bir ürünüdür.

Daha sonra göreceğiz ki, tüm hukuku bir kanun koyucunun iradesinden türeten hukuki pozitivizm fikri kuruculuğun safsatacı karakterinin bir ürünüdür, evrim kanunu ile ve beşeri müesseseler hakkında bildiğimiz her şeyle uzlaştırılamaz bir zıtlık içinde bulunan sosyal kuramlarla ilgili dizayn teorilerine bir yeniden sapıştır.

İlk insan ve ilkel insan toplumları hakkında bildiğimiz şeyler, kanunun, onun izini bir kanun koyucunun iradesine bağlayan teorilerin farz ettiğinden farklı bir kökenini ve belirlenişini ortaya sermektedir. Pozitivist hukuk doktrininin, aynı zamanda, hukukumuzun tarihi hakkında bildiğimiz şeylerle aşikâr bir çatışma içinde bulunmasına karşın, sahih hukuk tarihi evrimin çok geç bir safhasında hukukun orijinini açıkça ortaya çıkarmaya başlar. Eğer, insanın kendi bilgeliği içinde bütün ahlâki ve hukuki kurallar sistemini dizayn etmiş olduğu veya etmiş olabileceği yolundaki entelektüel hükmün her tarafa yayılan nüfuz edici etkisinden kendimizi azade kılmak istersek, sosyal hayatın ilkel ve hatta insan - öncesi başlangıçlarına göz atmakla işe başlamalıyız.

Sosyal teorinin, burada, birçok bakımlardan ilk olarak on sekizinci asırda İskoç ahlâkçı filozofları tarafından ortaya konulan sosyal teorinin temelleri üzerinde kurulan genç bilim dallan etholoji (ethology) ve kültürel antropolojiden öğreneceği çok Şey vardır. Gerçekten, hukuk sahasında, bu genç disiplinler Edward Coke, Matthew Hale, David Hume ve Edmund Burke, F.C. von Savigny, H.S. Maine ve J.C.Carter'ın evrimci öğretilerini tasdik etmekte çok tesirli olurlar ve Francis Bacon, veya Thomas Hobbes, Jeremy Bentham yahut John Austin veyahut Paul Laband'dan Hans Kelsen'e kadar Alman pozitivistlerinin rasyonalist kuruculuğuna tamamıyla zıttırlar.

Etholoji ve kültürel antropolojiden dersler

Çağdaş davranış incelemesinin hukukun evriminde son derece önemli ışık saçtığı noktalar şunlardır: Bu davranış incelemesi, ilk olarak, insanların kuralları gözlemeyi (ve onları icra etmeyi) bu gibi kuralların kelimelerle ifade edilebilir olmasından çok önceleri öğrenmiş olduklarını ve ikinci olarak; bireylerin faaliyetlerinin düzenliliklerinin sonuçlan olmalarına rağmen, üyeleri muayyen davranış kurallarını izleyen grupların hüküm sürüp sürmeyeceğini belirleyecek olan sonuçta ortaya çıkan faaliyetler düzeninin etkinliği olduğu için bireylerin eylemlerinden açık biçimde ayırt edilmeleri gereken bu kuralların, bir bütün olarak bir grup faaliyetleri düzeninin oluşumuna yol vermeleri sayesinde tekâmül etmiş olduklarını göstermiştir.

İnsanın bir milyon yıl gibi bir süre boyunca ortak davranış kuralları tarafından bir arada tutulan gruplar içinde yaşamaktayken insan olduğu ve aklı ve lisanı geliştirdiği ve akim ve lisanın ilk kurallarından birinin bu tesis edilmiş kuralları öğretmek ve yürütmek olmuş olması gerektiği gerçeklerinden dolayı, kuralların tedrici olarak kelimelerle ifade edilişleri problemine geçmeden önce, ilk olarak sadece fiiliyata riayet edilmiş olan kuralların evrimi üzerinde durmak yararlı olacaktır. Bu cinsten en kompleks davranış kuralları sistemlerine dayanan sosyal düzenleri evrimci ıskalada çok aşağılarda yer alan hayvanlar arasında dahi buluruz. Şu anki amaçlarımız açısından bu düşük evrimsel seviyelerdeki kuralların muhtemelen çoğunluğunun fıtri (veya genetiksel olarak nakledilmiş) ve pek azının öğrenilmiş (veya 'kültürel olarak' nakledilmiş) olmasının önemi

yoktur. Daha yüksek cinsten omurgalılar arasında, öğrenmenin, bu git» kuralların naklinde, yeni kuralların daha geniş gruplar arasında süratle yayılmasına yol açacak kadar önemli bir rol oynadığı ve tecrit edilmiş grupların durumunda, farklı 'kültürel' gelenekle hasıl edebileceği şimdi iyice yerleşmiş bir görüştür[52]. Öte yandan, insanın aynı zamanda, hâlâ, sadece öğrenilmiş kurallara rafından değil ve fakat aynı zamanda bazı fıtri kurallar tarafından da yönlendirildiğine şüphe yoktur. Biz burada esas itibariyle öğrenilmiş kurallarla ve onların nakledilme tarzıyla ilgiliyiz; fakat davranış kurallarının karşılıklı ilişkisi problemini ve hasıl olan toplu eylemler düzenini değerlendirmekte, ne tür kurallarla meşgul olmak zorunda olduğumuz, veya, genellikle olacağı üzere, her iki türden kuralların birbirine müessir olup olmayacağı önemli değildir.

Karşılaştırmalı davranış incelemeleri göstermiştir ki, bir çok hayvan toplumlarında seçici evrim süreci, davranış kuralları tarafından yönetilen, son derece ritüel, şiddeti ve diğer müsrif intibak yöntemlerini budama etkisi olan ve böylelikle barışçıl bir düzenini sağlama bağlayan davranış biçimleri oluşturmuştur. Bu düzen çoğu defa bölgesel sahanın (mıntıkanın) veya 'mülkiyet'in sınırlanmasına dayanır. Bunlar sadece gereksiz çatışmaları bertaraf etmeye hizmet etmez; fakat, meselâ, bir bölge ihdas etmemiş erkek cinsin eş bulmaya ve üremeye muktedir olmamasından dolayı, nüfusun büyümesi üzerindeki 'zorlayıcı' kontrolleri 'önleyici' kontrollerle ikame bile eder. Tabiatta sık sık yalnızca en güçlü erkek cinsinin çoğalmasını temin etmeye elverişli karmaşık rütbe düzenleri buluruz. Hayvan toplumları üzerindeki edebiyatı inceleyen hiç kimse, meselâ, bir yazar 'tatlı su İstakozunun dikkatle hazırlanmış varlık müddeti'nden ve bu müddetin onun vasıtasıyla muhafaza edildiği merasimli nümayişten[53] söz ettiği, veya bir diğeri 'zafer güçlüye değil fakat haklıya - gerekli özelliğin sahipleri olmanın haklılığı- gider', şeklinde konuşarak nar bülbülleri arasındaki rekabetin bir tasvirini ortaya koyduğu zaman bu ifadeyi mecazi (metaforik) bir ifade olarak telâkki etmeyecektir.

Bu çalışmalar yoluyla tedricen bize şifa edilen sihirli dünyaların birkaç örneğinden daha fazlasının burada veremeyiz. Onun yerine, bir kurallar dizisi tarafından yöneltilen gruplarda yaşayan insanoğlu tedrici olarak aklı ve lisanı geliştirir ve onları kuralları öğretmek ve icra etmek için

kullanırken beliren problemlere dönmeliyiz. Bu safhada, kuralların, katiyen (asla) 'icat edilmiş', kelimelerle ifade edilmiş, veya herhangi bir kimse tarafından bilinen bir 'amaç'a sahip olmuş olmamalarına rağmen, var olduklarını, grubun muhafazası için elzem bir fonksiyona hizmet ettiklerini ve etkili biçimde nakledildiklerini ve icra edildiklerini görmek yeterlidir.

Bu çerçevede kural, sadece, muayyen bir tarzda davranmak veya davranmamakta, kendisini bizim bir pratik veya adet olarak adlandırdığımız şeyde tecelli ettirecek olan bir temayül veya bir niyet demektir. O, bu şekliyle, eylemin belirleyicilerinden, kendini her tekil eylemde göstermesi gerekmeyecek, fakat yalnızca çoğu defa hüküm sürebilecek bir tanesi olacaktır. Bunun gibi her kural daima diğer kurallarla veya niyetlerle birleşim içinde ve çoğu zaman onlarla rekabet içinde ve belirli saiklerle işleyecektir; ve belirli bir durumda bir kuralın hüküm sürüp sürmeyeceği onun tasvir ettiği temayülün ve aynı anda işlemekte olan diğer niyetlerin veya saiklerin gücüne bağlı olacaktır.

Daha yüksek cinsten hayvanlar tarafından sahip olunan bu temayüllerin ve istidatların çoğu zaman son derece genel veya soyut karakterli olacağı, yani, kendi aralarında ayrıntılar bakımından büyük ölçüde farklı olabilecek çok geniş bir eylemler sınıfına doğru tevcih edilecekleri bilhassa vurgulanmalıdır. Onlar, bu anlamda, kesinlikle, henüz türemeye başlamakta olan lisanın ifade edebileceği her şeyden çok daha soyut olacaklardır Uzun süredir riayet edilmekte olan kuralların tedrici olarak ifa' de edilmesi sürecini kavramak açısından, bu soyutlukların, lisanın bir ürünü olmak bir tarafa, akıl tarafından, aklın lisanı geliştirmesinden çok evvel elde edildiğini hatırlamak önemlidir.

Hem eylemi hem düşünceyi yöneten bu kuralların menşei ve fonksiyonu problemi, bundan dolayı, onların nasıl lafzi biçimde ifade edilmiş hale geldikleri probleminden tamamıyla farklı bir problemdir. Bugün dahi böylece ifade edilmiş ve lisan ile nakledilebilen kuralların insanın sosyal bir varlık olarak faaliyetlerine kılavuzluk eden kurallar bütününün yalnızca bir parçası olduğu hususunda pek az şüphe varit olabilir. Meselâ, 'adil oyun'u tesis eden bütün kuralları ifade etmekte başarılı herhangi bir kimsenin bulunduğunu zannetmiyorum.

Pratiklerin ifade edilmesi süreci

Bir kabilenin reislerinin veya şeflerinin düzeni muhafaza etmeye yönelik en eski gayretleri bile, nitekim, verili bir kurallar çerçevesi içinde vukû buluyor olarak görülmelidir, o kuralların şu veya bu terimlerle ifade edilebilecek bir 'açık bilgi' (know that) değil, sadece 'zımni bilgi' (know how - nasıl davranılacağının bilgisi) olarak var olmuş olmasına rağmen. Lisan, kuşkusuz, başlangıçta onları öğrenmek için kullanılmış olmalı, fakat yalnızca belirli durumlarda talep edilmiş veya yasaklanmış muayyen davranışları göstermenin bir aracı olarak. Lisanın kendisinin iktisabında olduğu gibi birey kurallara uygun belirli eylemleri taklit etmek suretiyle kurallara uygun davranmayı öğrenmek mecburiyetinde kalacaktır. Lisan genel kuralları ifade etmeye yetecek kadar gelişmedikçe kuralların öğretilebilmesinin başka bir yolu yoktur. Fakat kurallar bu safhada, ifade edilmiş biçimde var olmamalarına rağmen, eylemi yönetmeleri anlamında vardırlar. Ve onları kelimelerle ifade etmeye ilk teşebbüs edenler yeni kurallar icat etmiyorlar, fakat zaten tanıştıkları şeyleri ifade etmeye gayret ediyorlardı.

Hâlâ alışılmamış tuhaf bir fikir olmasına rağmen, lisanın Çoğu kez aklın davranış belirlemede hesaba almaya bütünüyle muktedir olduğu şeyi ifade etmeye yeterli olmadığı, veya bizim tatbik etmeyi pekâlâ bildiğimiz şeyi kelimelerle iletmeye çoğu defa muktedir olmayacağımız gerçeği, birçok sahalarda âşikâr biçimde tasdik edilmiştir. Bu, davranışı yöneten kuralların ekseriya lisanın henüz ifade edebileceği her şeyden çok daha genel ve soyut olacağı gerçeğiyle yakından bağlantılıdır. Bu gibi soyut kurallar belirli davranışlar taklit edilerek öğrenilir. Bu eylemlerden birey 'analoji yoluyla' diğer durumlarda da aynı, mamafih, hiçbir zaman prensipler olarak ifade edemeyeceği, ilkelere dayanarak hareket etme yeteneğini kazanır.

Bizim amaçlarımız açısından bu şu demektir: Sadece ilkel kabilelerde değil, fakat aynı zamanda daha ileri topluluklarda da, şef veya yönetici, otoritesini bütün bütün farklı iki amaç için kullanacaktır. İlk olarak o otoritesini yerleşmiş telâkki ettiği davranış kurallarını öğretmek veya icra etmek için kullanacaktır, hem de kuralların niçin önemli olduğu veya neyin kuralların gözlenmesine bağlı olduğu hususunda pek az fikir sahibi olabileceği halde. İkinci olarak o aynı zamanda kendisine belirli amaçların elde edilmesi

açısından zorunlu görünen eylemler için de komutlar verecektir. Bireyler kabul edilmiş kuralları gözlediği sürece onun müdahale etmeyeceği bir davranışlar silsilesi daima var olacaktır, fakat avcılık aciliyetleri, göçler, veya savaş gibi durumlarda onun komutları bireyleri belirli eylemlere yöneltmek mecburiyetinde olacaktır.

Otoritenin kullanılabilmesinin bu iki yolunun mahiyet farklılığı, nispeten ilkel durumlarda dahi, otoritenin meşruiyetinin birinci durumda sorgulanabilirken ikinci durumda sorgulamaması gerçeğinde kendisini gösterecektir. Şefin muayyen bir davranışı talep etme hakkı, o eyleme tekabül eden bir kuralın genel kabulüne bağlı olacaktır; oysa, onun müşterek bir girişimin katılımcılarına yönelik talimatları, bizzat kendisinin eylem planı ve onun tarafından bilinen, diğerleri tarafından zorunlu olarak bilinme durumunda olmayan özgül koşullar tarafından belirlenecektir. İlk türden talimatları haklılaştırma gereği, uygulanmak istenen kuralları ifade etme teşebbüsüne yol verecektir. Böyle bir kuralları kelimelerle ifade etme zarureti, aynı zamanda, şefin çözmesinin talep edildiği ihtilaflar halinde de zuhur edecektir. Yerleşik bir tatbikatın veya adetin bir sözlü kural olarak vazıh biçimde ifadesi, onun varlığı hakkında muvafakat elde etmeyi hedefleyecektir, yeni bir kural yapmayı değil; ve bu ifade ediş nadiren pratikte iyi bilinen şeyin kısmi ve yetersiz bir ifadesinden daha fazlasını elde edecektir.

Uzun süredir bir yerleşik pratik olan şeyin kelimelerle tedrici olarak ifadesi süreci yavaş ve karmaşık bir süreç olmuş olmalıdır[54]. Uygulamada en çok riayet edilen şeyi kelimelerle ifade etmeye yönelik ilk beceriksiz teşebbüsler, sadece bireylerin fiiliyatta eylemlerinin belirlenişinde hesaba kattıkları şeyleri ifade etmekte, veya onların hepsini tüketmekte, ekseriyetle başarısız olacaktır. Bundan dolayı, ifade edilmemiş kurallar çoğunlukta sözlü formülün ifade etmeyi başardığından hem daha fazlasını hem daha azını ihtiva edecektir. Diğer taraftan, ifade ediş çok defa zarurî olacaktır, çünkü 'sezgisel' bilgi belirli bir soruna berrak bir yanıt vermeyebilir. Böylece, ifade ediş süreci, niyette değilse bile fiiliyatta, bazen, yeni kurallar üretebilir. Ne var ki, ifadelendirilmiş kurallar, o münasebetle, ifade edilmemiş kuralların yerini bütünüyle almayacak, fakat yalnızca bir henüz

ifade edilmemiş kurallar çerçevesi dahilinde işleyecek ve kolay anlaşılır olacaktır.

Önceden var olan kuralların ifadelendirilmesi süreci, böylece, çok defa, bu tür kurallar heyetinde tadilatlara yol açarken, bu kuralları formüle eden kimselerin, zaten var olan kuralları bulmak ve ifade etmekten, yapılışı içinde yanılmaz insanların çoğu zaman aksayacağı, fakat ifa edilişinde hiçbir özgür seçime sahip olmadıkları bir görevden daha fazlasını yapmadığı, daha fazlasını yapmak için hiçbir, güce malik bulunmadığı inancı üzerinde çok az etkiye sahip olacaktır. Görev, var olan bir şeyin keşfi görevi olarak telâkki edilecektir, yeni bir şeyin yaratılması görevi olarak değil; bu gibi gayretlerin sonucu bazen daha önce var olmayan bir şeyin yaratılması olabilse bile.

Bu husus, şüphesiz, çoğu zaman öyle olduğu gibi, karar vermeye çağırılanlar daha önce hiç kimsenin onlara dayanarak davranmadığı kurallar formüle etmeye mecbur edildiği yerde dahi doğrudur. Onlar yalnızca bir kurallar heyetiyle değil, fakat aynı zamanda, bu kuralların gözlenmesinden hasıl olan, insanların devam edegelmekte olan bir süreç içinde bulduğu ve muhafaza edilmesi belirli kuralları gerektirebilen bir faaliyetler düzeni ile de meşgul olmaktadır. Bütün kabul edilmiş kuralların ona doğru yöneltildiği mevcut faaliyetler düzeninin muhafazası, pekâlâ, kabul edilmiş kuralların hiçbir cevap sağlayamadığı ihtilafların çözümü için diğer bazı kurallar talep eder görülebilir. Bu bağlamda, henüz herhangi bir anlamda var olmayan bir kural, mevcut kurallar heyetinde, onlardan mantıksal olarak çıkarılabileceği anlamında değil, fakat, eğer diğer kurallar amaçlarına ulaşacaklarsa, ilâve bir kuralın gerekli olduğu anlamında, (mevcut kurallar heyetinde) 'zımnen mevcut' olabilir.

Olgusal ve normatif kurallar

İfade edilmemiş kurallarla meşgul olmak mecburiyetinde olduğumuz yerde, ifade edilmiş kurallar açısından çok açık ve aşikâr olan bir ayırımın, daha az açık ve daha az aşikâr ve hatta belki bazen fark edilmesi imkânsız hale geldiğini kabul etmek hayli önemlidir. Bu (insan eylemleri dahil) belirli vakalar silsilesinin muntazam tekerrürünü ileri süren tasvir edici kurallarla, bu silsilelerin vuku bulması 'gerektiğini' ifade eden normatif kurallar arasındaki ayırımdır. Bu gibi kuralların tamamıyla bilinçsiz bir şekilde

gözlenişinden onların kelimeleri dökülmüş biçimde ifade edilişine tedrici geçişin hangi muayyen safhasında bu ayırımın önemli olduğunu söylemek zordur. Bir insanı veya hayvanı belirli bir davranışı yapmaktan alıkoyan, onun hiç farkında olmadığı fıtri bir yasaklama, bir 'norm' mudur? Bir gözlemci bir arzu ile bir yasağın nasıl çatıştığım gördüğü zaman o bir norm olur mu, Konrad Lorenz'in kurdunun durumunda olduğu gibi, ki onun davranışını Lorenz şöyle ifade eder: 'Onun, hasmının ikram edilmiş boğazını ısırmayı istediğini fakat bunu yapmayacağını görebilirdiniz'. Yahut, bu ne zaman belirli bir sevk ile 'insanın onu yapmaması gerekir' hissi arasında bilinçli bir çatışmaya sürükler veya ne zaman bu duygu kelimelerle ifade edilir ('yapmamalıyım'), fakat yine de yalnızca insanın kendisine uygulanır? Veyahut, ne zaman, henüz sözlü bir kural olarak ifade edilmiş olmamasına rağmen, duygu grubun bütün üyeleri tarafından paylaşılır ve ihlâl edildiği vakit kınamaya veya hatta önleme ve cezalandırma teşebbüslerine yol açar? Yoksa sadece tanınmış bir otorite tarafından uygulandığı veya ifade edilmiş bir biçime konulduğu zaman mı?

Öyle görünüyor ki, 'normlara' atfedilen, onları olguların ifadesinden farklı bir söylem sahasına ait kılan özgül karakter yalnızca ifade edilmiş kurallara aitttir, ve orada dahi sadece bir sefer onlara uymamız gerekip gerekmediği yolundaki soru ileri sürülür. Bu gibi kurallar, sadece fiiliyata (ya daima ya da en azından çoğu durumlarda) gözlendikleri ve onların gözlenişleri fiili davranıştan anlaşılabildiği sürece, tasvir edici kurallardan farklı olmazlar; bir davranışın, bir niyetin veya işleyişini gözlediğimiz şeyden istidlâl ettiğimiz bir yasağın unsurlarından biri olarak önemlidirler. Eğer böyle bir niyetin veya yasaklama bir ifade edilmiş kuralın öğretilmesiyle hasıl edilirse, onun aktüel davranış üzerindeki etkisi hâlâ bir olgu olarak kalır. Gözlemci için, bir gruptaki bireyin eylemlerine rehberlik eden normlar, onun algıladığı ve onu toplu eylemler düzenini gördüğü gibi açıklamaya muktedir kılan olayların belirleyicilerinin parçasıdır.

Bu, şüphesiz, lisanımızın hiçbir geçerli istidlâlin sadece olguların tasvirini ihtiva eden bir ifadeden ne olması gerektiğine yönelik bir ifadeye yol veremeyeceği şekilde yapılmış olduğu keyfiyetini değiştirmez. Fakat çoğu defa bundan çıkartılan bütün sonuçlar zorlayıcı değildir. O, sadece olgunun (bir) ifade edilişinden, uygun, arzuya şayan, veya münasip eylem hakkında hiçbir ifadenin veya hatta hareket edilip edilmeyeceğine dair herhangi bir

kararın çıkarsanamayacağından daha fazlasını söylemez. İnsan, diğerini, sadece, aynı zamanda bazı amaçlar arzuya şayan kabul edilirse izleyebilir ve muhakeme şu biçimi alır: 'Eğer bunu istiyorsan, şunu yapmalısın'. Fakat bir kere arzuya şayan amaçla ilgili bu gibi bir varsayım kaziyelerde kapsanınca her tür normatif kurallar onlardan çıkarsanabilir.

İlkel bir akıl için, belirli bir sonucun elde edilebilmesinin yegâne yolu ile onun elde edilmesi gereken yol arasında hiçbir açık ayırım yoktur. Sebep ve sonuç bilgisi ile davranış kuralları bilgisi hâlâ birbirinden ayırt edilemez durumdadır, fakat insanın herhangi bir sonucu elde etmesi için izlemesi gerekli usulün bilgisi vardır. Sayıları eklemeyi veya çarpmayı öğrenen çocuk nazarında bunun yapılması için gereken yol, aynı zamanda amaçlanan sonucu elde etmemin yegâne yoludur da. Sadece, onu arzu ettiği şeye yöneltecek, kendisine öğretilmiş olanlardan başka yolların da olduğunu keşfedince, olgunun bilgisi ile grupta yerleşik davranış kuralları arasında bir çatışma doğabilir.

Bütün amaçlı eylemlerle norm - rehberli eylemler arasında, sadece norm rehberli eylem durumunda, kişinin bir davranış yolunu arzu edilen bir sonucu elde etmenin mümkün bir yolu olarak mütalaa edilişinin bir diğer yolu bu konuda olanaklı bir yol olarak görmeyişinin sebepleri çoğu zaman ona bilinmez olacak iken, genellikle maksatlı eylem olarak telâkki ettiğimiz durumda, amacın, davranışçı bireyce bilinir olduğunu farz ettiğimiz sürece bir fark vardır. Ancak, bir davranış türünü münasip bir diğerini gayri münasip telâkki etmek, aynı ölçüde faydalı (etkili) olan şeyin seçimi sürecidir, ister birey tarafından istenen sonuçlan hasıl eden belirli bir eylemin sonucu, ister bir bütün olarak grubun işleyişine yardım edici veya etmeyici türden bir eylemin sonucu olsun. Nitekim, bir grubun bütün bireysel üyelerinin belirli şeyleri muayyen bir tarzda yapışlarının sebebi, çoğu defa, sadece bu tarzda amaçladıkları şeyi elde edecek olmaları değildir, fakat yalnızca bu tarzda hareket ederlerse, içinde kendi bireysel eylemlerinin muhtemelen başarılı olacağı grup düzeninin muhafaza edilecek olmasıdır. Grup yalnızca onun üyelerinin grubu bir bütün olarak diğer gruplardan daha etkili kılmış olan iş yapma metotları geliştirmeleri ve onları nakletmeleri sayesinde varlığını sürdürebilir, fakat niçin muayyen şeylerin belirli biçimlerde yapıldığını grubun hiçbir üyesinin bilmesi gerekmez.

Şüphesiz, asla inkâr edilmemiştir ki, her bir insan grubunda normların varlığı bir gerçektir. Sorgulanmış olan, normlara fiiliyatta itaat etme durumundan onlara itaat etme mecburiyeti olduğu yolundaki vargının çıkartılabilmiş olmasıdır. Bu sonuç kuşkusuz yalnızca eğer grubun varlığının devam etmesinin arzu edildiği sessizce farz edilirse mümkün olabilir. Fakat, böyle bir devamlı mevcudiyet arzuya şayan telâkki edilirse, veya hatta grubun belirli bir düzene sahip bir varlık olarak daha ileri mevcudiyeti bir olgu olarak önceden farz edilirse, o zaman, bundan, belirli davranış kurallarının (zorunlu olarak halihazırda riayet edilen bütün kurallar olmaksızın) onun üyeleri tarafından izlenmesinin gerekeceği çıkar.

Hukukun ilk dönemleri

Neden bütün medeniyetlerin ilk dönemlerinde 'Medler ve Perslerin değişmez hukuku'na benzer bir hukuk bulduğumuzu ve neden bütün ilk 'kanun - koyma' faaliyetlerinin değiştirilemez bir şekilde verili olduğu düşünülen bir kanunu kaydetme ve bilinir kılma gayretlerinden müteşekkil olduğunu anlamak şimdi daha kolay olmalıdır. Bir 'kanun koyucu' çürüdüğü farz edilen kanunu temizlemeye veya onu ilk saflığına kavuşturmaya teşebbüs edebilirdi, fakat, onun yeni kanun yapabileceği düşünülmezdi. Hukuk tarihçileri, bu bakımdan Ur-Nammu ve Hammurabi'den Solon, Lykurgus ve Roma'nın Oniki Levha'nın yazarlarına kadar söz konusu devirlerin hiçbir 'kanunkoyucu'sunun yeni kanun yaratmayı amaçlamamış, sadece kanun olan ve daima kanun olmuş olanı ifade etmeye niyet etmiş olduğunda hemfikirdirler[55].

Fakat, eğer hiç kimsenin hukuku değiştirmeye gücü ve niyeti yoksa ve sadece eski hukuk iyi hukuk olarak mütalâa edilirse, bu demek değildir ki hukuk gelişmeye devam etmez. Bunun anlamı yalnızca şudur: Vuku bulan değişiklikler bir kanun -yapıcının niyetinin ve dizaynının mahsulü değildir, iktidarı, büyük ölçüde, ondan bağımsız biçimde verili olduğu addedilen bir hukuku uygulayacağı beklentisine istinat eden bir yöneticiye, bu hukuk çoğu defa bilinçli amaçlarının bir aracı olmaktan ziyade, tasarımlı hükümet organizasyonundaki çabalarının önündeki bir engel hüviyetinde görünmüş olmalıdır. Yeni kurallar yo neticilerin tebalarının yöneticilerin doğrudan doğruya kontrol edemedikleri ve çoğu zaman üçüncü şahıslarla olan ilişkileri çerçevesinde ve yöneticiler tarafından tatbik edilen ve kesin

olarak, ifade edildiği derece ölçüsünde katı olmaya meyleden hukukun dışında, gelişti.

Nitekim, bir kendiliğinden doğan düzeni hasıl edebilecek amaç - bağımsız davranış kurallarının gelişmesi, çoğu defa, kendi sahalarını tam bir organizasyona dönüştürmeye yeltenen yöneticilerin amaçlarıyla çatışma içinde meydana gelmiştir. Hukukun evriminde, nihai olarak bir açık toplumu mümkün kılan adımları, esas itibariyle, ius gentium, yani ticaret hukukunda ve limanların ve panayırların pratiklerinde aramalıyız. Belki, cihanşumül adil davranış kurallarının organize edilmiş kabile toplumu içinde başlamadığı, ondan ziyade, sessiz takasla (mübadeleyle), bir vahşinin bazı eşyaları kabilesinin alanının kenarına, onların karşılığında aynı şekilde bir hediyenin bırakılacağı beklentisi içinde ve böylece yeni bir usulü başlatarak yerleştirmesi ile başladığı bile öne sürülebilir. Her halükârda, yöneticilerin talimatları yoluyla değil, fakat bireylerin beklentilerinin dayanabileceği usullerin (adetlerin) gelişmesi yoluyla genel davranış kuralları kabul edilir hale gelmiştir.

Klâsik ve ortaçağa ait gelenek

Hukukun insan iradesinin tasarımlı bir mahsulü olduğu fikri, kâmilen, ilk olarak, Kadim Yunan'da geliştirilmiş olmasına rağmen, bu fikrin siyasetin fiili tatbikatı üzerindeki tesiri o dönemde çok sınırlı kalmıştır. Demokrasisinin zirve döneminde Atina'daki durum bize şöyle anlatılmaktadır; 'Hiçbir zaman hukuku meclisin basit bir kararı ile değiştirmek meşru değildi. Böyle bir karan teklif eden, mahkemeler tarafından ele alındığı takdirde o kararı geçersiz kılacak, ve aynı zamanda, bir yıl içinde mahkeme önüne getirildiği takdirde teklif sahibini ağır cezalara duçar bırakacak olan meşhur gayri meşru muameleleri şikâyet'e konu olabilirdi.

Adil davranışın temel kurallarında bir değişiklik, yani nomoi, sadece, özel olarak seçilmiş bir heyetin, yani, nomothetae'nin içinde yer aldığı son derece karmaşık bir yöntemle meydana getirilebilirdi. Mamafih, daha o zamandan Atina demokrasisinde 'egemen' halkın sınırlanmamış iradesi ile kanun hakimiyeti geleneği arasındaki ilk çatışmaları buluruz[56]; ve esas itibariyle meclisin hukuk ile sınırlamayı çoğu defa reddetmiş olması yüzündendir ki Aristoteles bu demokrasi tipine karşı çıkmıştır ve hatta bu

demokrasi tipine bir anayasa olarak adlandırılma hakkını tanımamıştır[57]. Hukuk ile yöneticinin iradesi arasında açık bir ayırım yapmaya yönelik ilk kalıcı çabaları bu dönemin tartışmalarında buluruz.

Bütün Batı hukukunu son derece derinden etkilemiş olan Roma hukukunda, tasarımlı kanun yapma faaliyetinin yeri ve etkisi daha da azdı. Diğer bütün ilk hukuk sistemleri gibi, Roma hukuku da, 'hukukun ve sosyal hayatın kurumlarının daima mevcut olduğunun telâkki edildiği ve hiç kimsenin onların orijinini sormadığı' bir zamanda oluşturuldu. 'Hukukun insanlar tarafından yaratılabileceği fikri ilk zamanların insanlarının düşünüşüne yabancıydı'. 'Bütün hukukun yasama faaliyetine dayanması gerektiği fikri daha sonraki çağların naif inancıydı[58]. Gerçekte, Justinian'ın nihai derlemesinin istinat ettiği klâsik Roma medeni hukuku, hemen hemen tamamıyla, hukukçuların kanun - bulma'larının mahsulüdür, az biraz da yasama faaliyetinin ürünüdür. Daha sonraki İngiliz Common Law'unun gelişmesi sürecine çok benzeyen ve ondan esas olarak kati rolün yargıçların kararlarından ziyade hukuk bilimcilerinin (juriscon-sults) fikirlerince üstlenilmiş olması bakımından ayrılan bir süreçle, yasama faaliyetinden ziyade hakim adalet fikirleri yoluyla bir hukuk sistemi gelişti.

Ancak bu gelişmenin sonunda, Roma'dan çok Bizans'ta ve Helenistik düşüncenin etkisi altında, imparator Justinian döneminde bu sürecin sonuçlan kodifıye edildi. Justinian'ın bu faaliyeti daha sonra hatalı bir yönetici tarafından yaratılmış olan ve onun "irade"sini yansıtan bir hukuk modeli olarak telâkki edildi.

Bununla beraber, on üçüncü yüzyılda Aristotle'ı Politics'inin yeniden keşfine ve on beşinci yüzyılda Justinian kodunun kabulüne kadar, Batı Avrupa, hukukun, tekrar, yapma değil, insan iradesinden bağımsız biçimde verili bir şey olarak telâkki edildiği ve hukukun tasarımlı biçimde yapılabileceği veya değiştirilebileceği fikrînin neredeyse dini şeylere saygısızlık olarak görüldüğü, yaklaşık bin yıllık başka bir devir geçirdi. Birçok ilk dönem bilim adamları tarafından fark edilen bu tavrın[59] klâsik bir tasviri Fritz Kem tarafından verilmiştir ve burada onun başlıca mütalâalarını zikretmekten daha iyi bir şey yapamayız:

Onun için hiçbir cari kanunun emsal gösterilemeyeceği bir durum belirdiğinde, yetkili kimseler veya karar verecek insanlar, yaptıklarının, hakikaten, katiyyen kanunu bizzat yapmak olduğu inancı içinde değil, fakat, sessizce mevcut, iyi eski kanunun ifşa edilmesi olduğu inancı içinde yeni kanun yapacaklardır. Bu sebeple onlar hukuku yaratmazlar, 'keşfederler'. Bir mahkemedeki, yerleşik bir genel hukuk kuralından muayyen bir istidlal olarak telâkki ettiğimiz herhangi bir muayyen hükınr, ortaçağdaki anlayışa göre, hiçbir şekilde toplumun kanun yapma (teşrii) faaliyetinden ayrılamazdı; her iki durumda da, gidi fakat zaten mevcut bir kanun keşfedilir, yaratılmaz. Ortaçağlarda, ‘bir hukuk kuralının ilk uygulanışı’ gibi bir şey mevcut değildir. Kanun eskidir, yeni kanun terimlerde bir çelişkidir; ya yeni kanunun aşikâr biçimde yahut zımnen eski kanundan kaynaklanması yüzünden, ya da, eski kanunla çatışması -ki bu durumda o kanunî değildir- yüzünden. Temel fikir aynıdır: Eski kanun hakiki kanundur ve hakiki kanun eski kanundur. Ortaçağın fikriyatına göre, bu sebeple, yeni kanunun tesisi katiyetle mümkün değildir; ve bütün teşriî hukuki reform ihlâl edilmiş olan iyi eski kanunun restorasyonu olarak anlaşılır.

On üçüncü yüzyıl ve sonrasında, esas itibariyle Avrupa Kıtasında ortaya çıkan ve kanun yapma faaliyetinin tedricen ve yavaş yavaş yöneticinin tasarımlı ve sınırsız iradesinin bir tasarrufu olarak mütalâa edilir hale gelmesine yol açan entelektüel gelişmenin tarihi, burada tasvir edilemeyecek kadar uzun ve karmaşıktır. Bu gelişmeyle ilgili ayrıntılı çalışmalar, söz konusu entelektüel gelişmenin mutlak monarşinin yükselişiyle sıkı sıkıya bağlantılı olduğunu göstermektedir. Bu dönem aynı zamanda ileride demokratik emelleri yönetecek fikirlerin oluşturulduğu bir devirdir. Bu gelişmeye, sözünü ettiğimiz acar adil davranış kuralları koyma yeni iktidarının yöneticilerin daima kullanmış oldukları daha eski güce, yani hükümet cihazını hem organize etme hem yönetme güçlerine, gittikçe artan ölçüde massedilmesi tarafından eşlik edilmiştir; bu massedilme süreci, her iki güç de yegâne 'yasama' gücü olarak kabul edilir hale gelecek kadar girift biçimde karıştırılana kadar sürmüştür.

Bu gelişmeye karşı temel direniş 'doğal hukuk' ananesinden gelmiştir. Daha önce gördüğümüz gibi, geç dönemlerin İspanyol bilim adamları, 'doğal’ kelimesini, hiçbir zaman 'icat' edilmemiş veya tasarımlı biçimde dizayn edilmemiş, fakat durumun gereklerine cevap olarak inkişaf etmiş olanı

tasvir etmek için teknik bir terim olarak kullandılar. Ne var ki, on yedinci yüzyılda 'doğal hukuk' 'doğal akıl'ın dizaynı olarak anlaşılır hale gelince bu gelenek dahi gücünü yitirdi.

Ortaçağların geleneğini muhafaza etmekte ve ortaçağların 'özgürlükler'i üzerinde modern kanun çerçevesinde hürriyet fikrini inşa etmekte başarılı olan yegâne ülke İngiltere idi. Kısmen, İngiltere'nin Roma hukukunu ve onunla birlikte bir yöneticinin yaratımı olarak hukuk fikrini büsbütün kabulden kaçınması gerçeği sayesinde; fakat, muhtemelen, bundan daha çok, Common Law hukukçuların doğal hukuk geleneğininkilere bir ölçüde benzer kavramlar geliştirmeleri, ama, bu ekolün yanıltıcı terminolojisine kapılmamaları sayesinde mümkün oldu. Mamafih, on altıncı yüzyılda ve on yedinci yüzyılın başlarında İngiltere'nin siyasal yapısı kıta ülkelerininkilerden henüz temelli farklı değildi ve ülkenin kıta ülkelerinin yaptığı gibi son derece merkezileşmiş bir mutlak monarşi geliştirip geliştirmeyeceği hâlâ belirsizdi.'[60]. Böyle bir gelişmeyi önleyen, herhangi bir kimsenin iradesinin eseri olarak tasavvur edilmeyen, fakat, daha ziyade, kralın iktidarı da dahil, bütün iktidarlara bir engel olarak anlaşılan, köklü biçimde yerleşik bir Common Law geleneği -Edward Coke'un Kral I. James'e karşı savunacağı ve Francis Bacon'un, Matthew Hale ile birlikte, on yedinci yüzyılın sonunda, Thomas Hobbes'a karşı yeniden ifade ettiği bir gelenek- idi[61].

Dolayısıyla, on sekizinci asrın sonunda Avrupa'nın geri kalan kısmının büyük hayranlık duyar hale geldiği İngiliz özgürlüğü, İngilizlerin kendilerinin de ilk inananlar arasında olduğu ve Montesquieu'nun daha sonra dünyaya öğrettiği gibi, esas olarak yasama ve yürütme ayrılığının bir mahsulü değildi. Ondan Çok, mahkemelerin kararlarına hükmeden hukukun (Common Law) herhangi bir kimsenin iradesinin eseri olmayan ve aynı zamanda bağımsız mahkemeleri bağlayan ve onlar tarafından geliştirilen bir hukuk; parlamentonun nadiren müdahale ettiği ve bunu yaptığı vakit, esas olarak verili (tesis edilmiş) bir hukuk 0rganı içindeki şüpheli noktalan açığa kavuşturmak için yaptığı bir hukuk olması vakıasının bir sonucuydu. Hatta, İngiltere'de bir tür kuvvetler ayrılığının, sadece 'yasama organı’nın karnın yapması sayesinde değil, yapmaması sayesinde, kanunun, hükümeti organize eden ve yöneten güçten, yani hatalı biçimde 'yasama organı' olarak

adlandırılmış güçten bağımsız mahkemeler tarafından tayin edilmesi sayesinde geliştiği dahi söylenebilir.

Âdetten ve emsalden kaynaklanan hukukun ayırt edici özellikleri

Hukukun evrim sürecini kavrayışın yol verdiği önemli bir feraset, bu sürecin eseri olarak doğan kuralların, mecburen, bir yönetici tarafından icat edilmiş veya dizayn edilmiş kanunların sahip olabileceği veya olmayabileceği özelliklere malik bulunacağı ve bu ikinci tür kuralların söz konusu özelliklere yalnızca eğer daha önce var olan pratiklerden kaynaklanan türden kurallar model alınarak biçimlendir)lirse muhtemelen sahip olacağıdır. Ancak bundan sonraki bölümde böylece şekillendirilen kanunun özelliklerini tasvir etmeye ve onun 'kural', 'hukuk rejimi', 'kanun çerçevesinde yönetim' gibi ifadelerde kapsandığı tarzda, siyaset filozoflarının uzun süre kelimenin gerçek anlamında hukuk olarak telâkki ettikleri şeyin standardını temin ettiğini göstermeye muktedir olacağız. Bu noktada sadece bu nomos'un hususi özelliklerini tebarüz ettirmek istemekteyiz ve diğerlerinden daha sonraki irdelemenin takviyesi çerçevesinde söz edeceğiz. Hukuk, bireylerin birbirlerine yönelik davranışlarının idare eden, daha sonra ortaya çıkacak bilinmeyen sayıdaki durumlarda uygulanması amaçlanan ve her bir bireyin himaye altındaki alanını tanımlayarak bireylerin içinde tatbiki mümkün planlar yapabileceği bir faaliyet düzenini oluşmaya muktedir kılacak kurallardan oluşacaktır. Bu kuralları soyut davranış kuralları olarak zikretmek mutattır ve bu tarifin (adlandırmanın) ye' tersiz olmasına rağmen, onu geçici olarak amacımız için kullanacağız. Burada ortaya koymak istediğimiz özel husus, Common Law gibi kazâi (adli) süreçten zuhur eden hukukun zarureten, yöneticinin buyruklarıyla yaratılan hukukun öyle olma ihtiyacında olmaması anlamında soyut olmasıdır.

Emsale dayalı bir hukukun, kelimelerle ifade edilmiş (şifâhi - sözlü) bir hukuktan daha az değil daha çok soyut olduğu iddiası, yaygın biçimde benimsenen ve Kıta Avrupası hukukçuları arasında Anglo Sakson hukukçuları arasında olduğundan daha çok tutulan bir görüşe öylesine terstir ki, daha geniş bir haklılaştırmayı gerektirmektedir. Temel husus, muhtemelen, büyük on sekizinci asır yargıcı Lord Mansfield'in, meşhur, Common Law 'belirli emsallerden oluşmaz, bu emsaller tarafından

açıklanan ve izah edilen genel prensiplerden oluşur' ifadesinde olduğundan daha iyi ifade edilemez. Bu sözün anlamı şudur: Common Law yargıcının tekniğinin bir parçası, onun, kendisine rehberlik eden emsallerden yeni örneklere uygulanabilecek, cihanşumül öneme sahip kurallar çıkarmaya muktedir olması gereğidir.

Bir Common Law yargıcının esas ilgisi bir muameledeki tarafların süregiden düzenin genel pratikleri temelinde makul biçimde geliştirdiği beklentiler olmalıdır. Bu anlamda hangi beklentilerin makul olduğuna karar vermede, yargıç sadece gerçekte tarafların beklentilerini belirleyebilecek pratikleri (âdetler veya kurallar) ve onlarca bilinir oldukları farz edilebilecek olguları dikkate alabilir. Ve bu taraflar, taraflarca uygun davranışlar arasında yer aldığı düşünülen ve fakat onlar tarafından ifade edilmiş biçimde bilinmesi icap etmeyen, bu anlamda bazı bakımlardan eşsiz (benzersiz) olması gereken bir durumda ortak beklentiler şekillendirmeye muktedir olabileceklerdir.

Geçmişte benzer durumlardaki birçok beklentilere kılavuzluk etmiş olduğu farz edilen bu gibi kurallar, sınırlı sayıdaki ilgili durumlara işaret ediyor olmak ve şimdi uygulamalarından doğan muayyen sonuçlara bakmaksızın tatbik edilebilir olmak anlamında soyutturlar. Yargıcın bir davada karar vermesi gerekli zaman, ihtilafın tarafları zaten kendi menfaatlerinin izlenmesi yönünde ve çoğunlukla hiçbir otoritece bilinmeyen muayyen durumlarda hareket etmiş olacaklardır ve onların davranışlarına rehberlik etmiş olan ve taraflardan birinin hayal kırıklığına uğratıldığı beklentiler, onların yerleşik pratikler olarak telâkki ettikleri şeye dayanmış olacaktır. Hakimin görevi kişilere beklentilerine neyin rehberlik etmiş olması gerektiğini söylemektir, herhangi birinin hakimin söylemesinden önce bunun kural olduğunu onlara söylemiş olmuş olması yüzünden değil, fakat bunun onların bilmiş olmak zorunda oldukları yerleşik bir âdet olması yüzünden. Burada yargıç için mesele, katiyetle yapılan eylemin gerçekte daha yüksek bir görüş açısından yerinde olup olmadığı, veya otorite tarafından arzulanan belli bir amaca hizmet edip etmediği olamaz, fakat sadece ihtilaf konusu olan davranışın kabul edilmiş kurallara uyup uymadığı olabilir. O herhangi bir kimsenin kuralların hizmet etmesini istemiş olabileceği ve kendisinin genel olarak habersiz olması gereken herhangi bir gizli amaçla ilgili değildir; ve kuralları belirli bir durumda

bilinen sonuç ona bütünüyle istenmez (arzu edilmez) görünse bile uygulanmak mecburiyetindedir[62]. Onun kararına kılavuzluk yapması gereken şey muayyen bir anda toplumun bütününün ne talep ettiğiyle ilgili herhangi bir bilgi değildir, fakat sadece toplumun süregiden düzeninin istinad ettiği genel prensiplerin talep ettiği şeydir.

Öyle görünüyor ki, mesleki faaliyetine rehberlik eden emsallerdeki ilgili şeylerle tesadüfi şeyler arasında ayırım yapabilmek için kuralları ifade etme daimi gerekliliği, Common Law yargıcında, elinin altındaki güya mükemmel bir uygulanabilir kurallar katalogu ile çalışan bir yargıç tarafından nadiren sahip olunan bir genel ilkelere keşfetme yeteneği üretir. Genellemeler hazır yapım olarak arz edilmediği vakit soyutlamalar formüle etme yeteneği âşikâr biçimde canlı tutulur, sözlü formüllerin mekanik kullanımı bu yeteneği öldürmeye meyillidir. Common Law yargıcı kelimelerin daima kendisinden öncekilerin ifade etmeye çalıştıkları şeyin eksik (mükemmel olmayan) bir ifadesi olduğunun tam manasıyla farkında olmaya mecburdur.

Eğer bugün bir yasama organının talimatları çok defa adli süreçte belirmiş olan soyut kurallar biçimini alıyorsa, bu onların bu modele göre şekillendirilmiş olmalarındandır. Fakat, son derece zayıf bir ihtimaldir ki, vatandaşlarının (tebalarının) faaliyetlerini kesin amaçların elde edilmesi için organize etmeyi hedefleyen herhangi bir yönetici hedefini herkesin eylemlerini aynı şekilde yönetmeye niyetlenmiş cihanşumül kurallar koymak suretiyle elde etmiş olabilir. Yargıcın yaptığı gibi, kendini sadece bu gibi kuralları uygulamak üzere zaptı rapt altına almak, özgül talimatlar vermeye alışkın ve kararlarında anın gerekleri tarafından yönlendirilen birinden beklenmeyecek derecede bir kendini inkâr gerektirecektir. Hiç kimsenin yaratmış olmadığı, fakat belirli davranış türleri tarafından taciz edilmiş bir davranış düzenini muhafaza etme lüzumu bastırılması gereken davranış türlerinin tanımlanmasını gerekli kılmıştır.

Neden oluşan hukuk yasama faaliyetiyle düzeltilmeye ihtiyaç duyar?

Davranış kurallarını ifade etme çabasının sonucu olarak doğan hukukun mecburen bir yasama organının talimatlarının malik olmadığı bazı arzuya şayan özelliklere sahip olacağı gerçeği, diğer bazı bakımlardan böyle bir

hukukun hiçbir zaman arzu edilmeyen istikametlerde gelişemeyeceği ve böyle bir gelişme ortaya çıktığında onu tasarımlı yasama faaliyetiyle düzeltmenin yegâne pratik çıkış yolu olmayabileceği anlamına gelmez. Çeşitli sebepler yüzünden, gelişmenin kendiliğinden doğan süreci, hukuku kendisini cenderesinden kendi güçleriyle çıkartmayacağı bir çıkmaza veya en azından kusurlarını yeterince süratli biçimde düzeltemeyeceği bir duruma sürükleyebilir. Emsal - hukuku'nun gelişimi bazı bakımlardan bir tür tek - yönlü yoldur: Bir istikamette bir hayli mesafe kat etmiş ise, daha önceki kararların bazı implikasyonlarının istenmez olduğu görüldüğü zaman, o izlerini takiben geriye dönemez. Bu şekilde evrilmiş hukukun muayyen arzuya şayan özelliklere sahip bulunduğu olgusu, onun daima iyi hukuk olacağını veya hatta onun bazı kurallarının kötü olma ihtimalinin bulunmadığını ispatlamaz. Bu sebeple, onun mevcudiyeti yasama faaliyetinden büsbütün vazgeçebileceğimiz anlamına gelmez[63].

Bunun başka birkaç sebebi daha vardır. Birisi, hukukun kazâi gelişimi sürecini mecburen tedrici olması ve hukukun tamamıyla yeni şartlara hızlı uyumunu meydana getirmede çok yavaş kalabilmesidir. Mamafih, belki en önemlisi şudur: Yargısal kararlar için şimdiye kadar vukû bulmuş ve sonra arzu edilmeyen sonuçlarının olduğu veya tamamen yanlış olduğu görülen bir gelişmeyi tersine çevirmek yalnız zor değil, fakat aynı zamanda istenmez bir durumdur da. Yargıç, eğer daha önceki kararlar tarafından yaratılmış beklentileri hayal kırıklığına uğratıyorsa, fonksiyonunu ifa etmiyordur. Yargıç, hakikaten, şüpheli meselelerde karar vererek hukuku geliştirebilirse de, onu gerçekten değiştiremez veya onu değiştirmeyi en fazla sadece çok tedrici biçimde, bir kuralın sağlamca yerleştiği yerde (durumda) yapabilir. Bir kuralın daha iyi veya daha adil olacağını âşikâr biçimde kabul etse de, onu başka bir kuralın cari addedildiği bir zamanda vukû bulmuş muamelelere uygulanması gayri adil olacaktır. Bu gibi durumlarda yeni kuralın uygulamadan önce bilinmesi arzuya şayandır ve bu yalnızca sırf gelecekte uygulanacak bir yeni kuralı ilan ederek yerine getirebilir. Hukukta gerçek bir değişikliğin gerekli olduğu yerde, yeni kanun, hakiki fonksiyonunu, yani beklentileri rehberlik etme fonksiyonunu, sadece eğer uygulanmadan önce bilinir (malum) olursa ifa edebilir.

Belirli kurallarda bu gibi radikal değişiklikler yapma ihtiyacı çeşitli sebeplerden ileri gelebilir. Bir sebep, basitçe, gelişmelerin hataya dayandığının veya daha sonara gayri adil olduğu kabul edilen sonuçlar hasıl ettiğinin anlaşılması olabilir. Fakat en sık rastlanan sebep, muhtemelen, hukukun gelişmesinin, geleneksel görüşleri kendilerini daha genel adaletin gereklerine uymayan şeyi adil telâkki eder kılmış olan belirli bir sınıfın mensuplarının elinde bulunmakta olmasıdır. Hiç şüphe yoktur ki, efendi ile köle[64], ev sahibi ile kiracı, kredi veren ile kredi alan ve modern zamanlarda organize işletmeler ve onların müşterileri arasındaki ilişkilerle ilgili hukuk alanlarında, kurallar genellikle taraflardan birinin görüşleri ve onların menfaatleri tarafından şekillendirilmiştir -bilhassa, verilen örneklerin ilk ikisinde hakikaten öyle oluşu gibi, yargıçları hemen hemen münhasıran destekleyen ilgili gruplardan biriydi-. Bu, göreceğimiz üzere, demek değildir ki, bazılarının iddia ettiği gibi, “adalet irrasyonel bir idealdir” ve “rasyonel idrak yeteneği nokta-i nazarından sadece insanların çıkarları mevcuttur ve bundan dolayı çıkarlar çatışması vardır”, en azından, çıkar kelimesiyle yalnızca belirli amaçlan değil fakat değişik kuralların toplumun farklı üyelerine sunduğu uzun dönem şansları kastettiğimizde. Bundan da az doğru olanı, bu iddiaların peşinden geleceği üzere, belirli bir grubun lehine olan kurallarla ilgili kabullenilmiş bir peşin hükümlü olmak suretiyle düzeltilebileceği kanaatidir. Fakat, bu gibi durumlar, şimdiye kadar kabul edilmiş kuralların, adaletin daha genel ilkelerinin ışığı altında, gayri adil olduğu kabul edildiği zaman, pekâlâ, sadece tekil kuralların değil yerleşik emsal hukukunun bütün bölümlerinin yeniden gözden geçirilmesini gerektirebilir. Bu önceki emsallerin ışığı altında belirli davalarla ilgili kararlar yoluyla meydana getirilebilecek olandan daha fazlasının yapılmasıdır.

Yasama organlarının kökenleri

Tarihte, mütalâa etmekte olduğumuz anlamda kanunu taammüden değiştirme yetkisinin aşikâr bir biçimde bir otoriteye ne zaman verildiğini tam olarak tespit etmek zordur. Fakat, farklı bir türden hukuku, yani hükümet teşkilâtının kurallarını yapma gücüne sahip bulunmuş bir otorite ihtiyacı daima var olagelmiştir, ve adil davranış kurallarını değiştirme gücü, bu tür değişikliklerin gerekliliği kabul edilir hale geldikçe, tedricen, mevcut kamu hukuku yapımcılarının yetkilerine eklenmiştir. Davranış kurallarının

hükümet teşkilâtı tarafından tatbik edilmesi mecburi olduğundan, bu teşkilâtı tayin etmiş olanların aynı zamanda bu teşkilâtın uygulayacağı kuralları da tayin etmesi gerektiği düşüncesi normal görünmüştür.

Bu sebeple, hükümet etme kurallarını belirleme iktidarı anlamında bir yasama gücü, cihanşumül adil davranış kurallarını değiştirme gücüne duyulan bir ihtiyacın kabul dahi edilmesinden çok önce var olmuştur. Verili bir hukuku uygulama ve savunma ve çeşitli hizmetleri düzenleme göreviyle karşı karşıya kalan yöneticiler, uzun süre kendi memurları veya astları için kurallar koyma ihtiyacını tecrübe etmişlerdir ve bu kuralların saf olarak idari türden mi yoksa adaleti tatbik etme görevine yardım edici (tali)mi olduğu hususunda hiçbir ayırım yapmamışlardır. Ancak, bir yönetici genel olarak evrensel adil davranış kurallarına verilen itibarın aynısını organizasyon kuralları için de talep etmeyi kendisi açısından avantajlı bulacaktır.

Fakat, hükümet teşkilâtı için bu gibi kurallar koyma işi uzun süre hükümet başkanının 'imtiyazı' olarak mütalâa edilirse, onun bu gücüne temsili veya anayasal organlardan bir tasdik veya bir rıza sağlama ihtiyacı, çoğu defa, tam olarak, yöneticinin kendisinin yerleşik hukukla bağlı olduğunun varsayılması yüzünden doğacaktır. Ve hükümet amaçlarının ifası için para veya hizmet şeklinde katkılar toplanması durumunda olduğu gibi, hükümet başkanı yerleşik kurallarca açık biçimde dile getirilmemiş bir biçimde zor kullanmak mecburiyetinde olduğunda, kendisine en azından daha kuvvetli vatandaşlarının desteğini temin etmek mecburiyetinde kalacaktır. Bu durumda, onların yalnızca bunun mu veya şunun mu yerleşik kanun olduğunu teyid etmek için mi yoksa belirli bir amaç için gerekli olduğu düşünülen muayyen bir külfeti kabullenmek veya tedbiri tasdik etmek için mi çağırıldığına karar vermek çoğu defa zor olacaktır.

Bu sebeple, ilk temsili organları yasama organları teriminin daha sonra teorisyenler tarafından kullanıldığı anlamda 'yasama meclisleri' olarak düşünmek yanıltıcıdır. Onlar esas itibariyle adil davranışın veya nomos'un kurallarıyla meşgul değildi. F.W. Maitland'ın izah ettiği gibi:

Tarihimizde daha geri gittikçe, devletin çeşitli fonksiyonları arasında kesin ayırım hatları çizmek bizim için daha imkânsız hale gelmektedir: Bir yasama organı, bir hükümet konseyi ve bir hukuk mahkemesi olarak aynı

organ... Uzun bir süre eski siyaset teorisyenleri devletin yasama fonksiyonu ve diğer fonksiyonları arasında ayırım yapılmasında ısrar etmişlerdir ve şüphesiz ayırım hattı, mükemmel bir kesinlikle çizmek mümkün olmamasına rağmen, önemlidir. Lâkin bir kanunun gücünün hiçbir şekilde bir hukukçunun veya siyaset filozofunun yasama faaliyeti sahası olarak mütalâa edeceği şey ile sınırlı olmadığına dikkat etmek gerekli görünmektedir. O kanunların büyük bir bölümünü leges (kanunlar)'den ziyade priviligea (imtiyazlar) olarak sınıflandıracaktır, kanun hiçbir genel kural koymaz, fakat yalnızca belirli bir dava ile meşgul olur.

Hükümet teşkilâtının kuralları ile bağlantılı biçimde, tasarımlı 'kanunlar' yapmak mutat ve günlük bir işlem olmuştur; hükümetin her yeni taahhütü veya hükümetin yapısındaki her değişiklik bazı yeni organizasyon kuralları gerektirmiştir. Bu sebeple, bu gibi yeni kurallar koyma, birisinin aynı yöntemi yerleşik adil davranış kurallarını değiştirmek için- kullanmayı akıl etmesinden çok önceleri benimsenmiş bir usul olmuştur. Fakat böyle yapma arzusu belirdiği zaman, görevin, daima başka bir anlamda kanunlar yapmış ve çoğu defa yerleşik adil davranış kurallarının neler olduğunu teyit etmesi istenmiş bir organa tevdi edilmesi hemen hemen kaçınılmazdı.

Sadakat ve egemenlik

Yasama faaliyetinin hukukun yegâne kaynağı olduğu fikrinden, bütünüyle daha evvelki antropomorfik yanılgıların bünyesinde hayatta kaldığı hatalı kuruculuktan kaynaklanmalarına rağmen, modern zamanlarda neredeyse kendiliğinde doğru kabul edilir hale gelmiş ve siyasal gelişmelerde büyük tesir icra etmiş olan iki fikir türemiştir. Bunların ilki, gücünün sınırlandırılması daha da yüksek bir yasama organı gerektireceğinden ve bu sonsuza kadar devam edeceğinden, gücü sınırlanamayacak üstün bir yasama organının mevcut olması gerektiği inancıdır. Diğeri, bu üstün yasama organı tarafından konulan her şeyin ve yalnızca onun iradesini ifade eden şeyin kanun olduğu fikridir.

Üstün bir yasama organının zorunlu olarak sınırsız iradesi fikri -ki bu fikir Bacon, Hobbes ve Austin'den beri, önce monarkların daha sonra demokratik meclislerin mutlak iktidarının güya reddedilemez haklılaştırma sebebi olarak hizmet görmüştür- yalnızca eğer hukuk terimi bir organizasyonun tasarımlı ve düzenlenmiş eylemlerine rehberlik eden kurallara hasredilirse

kendiliğinden doğru olur. Böyle yorumlandığında, nomos’un daha evvelki anlamında iktidara bir sınır olma manasına gelmiş olan hukuk, iktidara sınır olmak yerine iktidarın kullanılmasının aracı olur.

Hukukî pozitivizmin üstün yasama organının gücü üzerinde etkili sınırların mevcut olup olamayacağı sorusuna verdiği cevap, yalnızca, eğer bütün hukukun daima bir yasama organının maksatlı 'irade'sinin ürünü olduğu ve aynı türden başka bir 'irade' haricinde hiçbir şeyin etkili bir şekilde bu gücü sınırlayamayacağı doğru ise ikna edici olacaktır. Bununla beraber, bir yasama organının otoritesi daima muayyen bir konu üzerindeki bir irade eyleminden açıkça ayırılabilecek bir şeye dayanmalıdır ve bu sebeple aynı zamanda o otoritesinin kaynaklandığı kaynak tarafından da sınırlanabilir. Bu kaynak, yasama organının yalnızca doğru olduğu tasdik edilen şeyi yapmaya yetkili kılındığı yolundaki cari kanaattir. Bu kanaat kuralın özgül muhtevasına değil, her adil davranış kuralının sahip olması gereken genel özelliklere havalede bulunur. Bu sebeple kanun koyucunun gücü onun meydana getirdiği kanunların malik olması gereken belirli vasıflar hakkındaki genel bir kanaate dayanır, ve onun iradesi, yalnızca eğer bu iradenin ifadesi bu özelliklere sahip ise söz konusu kanaatin desteğini elde edebilir. Daha sonra irade ile kanaat (opinion) arasındaki bu ayırımı hayli geniş bir şekilde tahlil edeceğiz. Burada şu kadarını söylemek yeterli olmalıdır: 'Kanaat' terimini, belirli bir meseledeki bir irade eyleminden ayrı olarak, verili bir düşünceyi benimseyen kişilerin, genellikle tavsif etmeye muktedir olmayacakları özelliklere sahip olup olmamalarına bağlı olarak, irade eylemlerinin bazılarını tasvip etme diğerlerini tasvip etmeme eğilimini tasvir etmek için kullanacağız. Kararlarının bu özelliklere sahip olacağı beklentisini tatmin ettiği sürece, kanun koyucu, kararlarının özgül muhtevası bakımından serbest ve bu anlamda 'egemen' olacaktır. Fakat bu egemenliğin dayandığı sadakat egemenin bu kuralların genel karakteriyle ilgili belirli beklentileri karşılamasına istinad etler ve bu beklentiler karşılanmadığı zaman yok olur. Bu anlamda, bütün güç, en açık biçimde David Hume tarafından görüldüğü üzere, kanaate dayanır ve yine kanaat tarafından sınırlandırılır[65].

Bütün iktidarın bu anlamda kanaate dayandığı, bir mutlak diktatörün iktidarı içinde, diğer herhangi bir otoritenin iktidarı için olduğu kadar

doğrudur. Diktatörlerin bizzat kendilerinin her zaman en iyi şekilde bildikleri gibi, eğer kanaat desteği çekilirse en güçlü diktatörler bile yıkılır. Diktatörlerin, güçleri dahilinde olan enformasyon kontrolü yoluyla kanaati manipüle etmekle böylesine ilgili (meşgul) olmalarının sebebi budur.

Bu sebeple, yasama meclisinin etkili biçimde sınırlanması onun yukarısında onunla uyumlu eyleme muktedir başka bir otorite gerektirmez. Yasama organının verdiği talimatların yalnızca belirli türlerinin kanun olarak kabul edilmesi sonucunu meydana getiren bir kanaat durumu tarafından gerçekleştirilebilir. Bu gibi bir kanaat yasama meclisinin kararlarının özel içeriğiyle değil, fakat yalnızca kanun koyucunun ilân ettiği ve halkın destek vermek istediği türden kuralların genel özellikleriyle ilgili olacaktır. Bu kanaat gücü onu benimseyenlerin herhangi bir ahenkli eylemi yapma kapasitesine dayanmaz. O yalnızca kanun koyucunun iktidarının nihai olarak dayandığı desteği geri çekme negatif gücüdür.

Kanun koyucu kendisini genel bir kurala bağladığı sürece yasama organına kesin bir itaati emreden, fakat özgül davranışlar emrettiği zaman itaati reddeden bir kanaat halinin varlığında hiçbir çelişki yoktur. Ve kanun koyucunun belirli bir kararının geçerli kanun olarak kabul edilebilir olup olmadığı sırf bu kararın öngörülen tarzda oluşturulup oluşturulmadığına dayanmak mecburiyetinde değildir, aynı zamanda onun bir cihanşumül adil davranış kuralından oluşup oluşmadığına da bağlı olabilir.

Dolayısıyla, bir nihai iktidarın kadir-i mutlak olması için hiçbir mantıki zorunluluk yoktur. Gerçekte, her yerde nihai iktidar olan şey, yani sadakati hasıl eden kanaat, kendi payına bütün yasama organlarının iktidarını sınırlar ise de, sınırlı bir güç olacaktır. Dolayısıyla, nihai iktidarını negatif bir güçtür fakat bir sadakati esirgeme gücü olarak o bütün pozitif iktidarın sınırlar ve özgür bir toplumda -ki böyle bir toplumda bütün güç kanaate dayanır- bu nihai güç hiçbir şeyi doğrudan doğruya belirlemeyen, ancak yine de, bütün pozitif iktidarı bu iktidarın sadece belirli türlerinin tatbikine müsamaha göstermek suretiyle kontrol eden bir güç olacaktır.

Bütün organize edilmiş iktidarlar ve özellikle kanun koyucunun iktidarı üzerindeki bu sınırlamalar, şüphesiz eğer belirli bir kararın bir kanun olabilip olamayacağını belirlemede kullanılacak kriterler açık bir şekilde ifade edilirse, daha tesirli ve daha süratli işler kılınabilir. Fakat, fiiliyatta,

uzun süre yasama meclisleri üzerinde etkili olmuş sınırlamalar kelimelerle lâyıkı veçhile ifade edilmemiştir. Bunu yapmaya teşebbüs etmek bizim görevlerimizden biri olacaktır.

Besinci Bölüm: NOMOS: HÜRRİYET KANUNU

Ephorus tarafından tasvir edilen Crete anayasasına gelince, onun en önemli şartlarını söylemek yeterli olabilir. O derki, kanun koyucu özgürlüğün bir devletin en yüksek iyisi olduğunu kabul eder ve yalnızca bu sebeple, kölelik durumunda her şey yönetilenlere değil yöneticilere ait olurken, özgürlük durumunda mülkiyeti özellikle onu kazananlara ait kılar.

Strabo[66]

Yargıcın Fonksiyonları

Şimdi, yargıçların ihtilaflar hakkında karar vermek için sarf ettikleri çabalardan zuhur eden ve uzun müddet kanun koyucuların taklit etmeye çalıştıkları modeli sağlamış olan adil davranış kurallarının ayırt edici karakterini daha etraflıca tasvire teşebbüs etmeliyiz. Şimdiye kadar bireysel özgürlük idealinin, yargıç-yapımı hukukun, en azından uzun süredir, ağırlıklı olduğu insan toplulukları içinde geliştiği gösterildi. Bunu, yargıç-yapımı hukukun, zorunlu olarak, kanun koyucunun hükümlerinin sahip olmak ihtiyacı duymadığı ve sadece eğer kanun koyucu yargıç-yapımı hukuku kendi modeli için örnek alıp izlerse muhtemelen sahip olacağı belirli özelliklere malik bulunacak olmasına atfettik. Bu bölümde siyaset teorisyenlerinin uzun süre, basitçe, hukuk, hukukçunun hukuku, veya Kadim Yunanlıların nomos'u ve Romalıların İus'u[67] (ve diğer Avrupa lisanlarında droit, Recht veya dritto olarak loi, Geseetz[68] veya legge'den ayrılan şey) olarak telâkki ettikleri şeyin kati (kesin) özelliklerini tetkik edecek ve onu, daha sonraki bölümde, yasama meclislerinin esas itibariyle meşgul olduğu hükümet teşkilâtı kuralları ile karşılaştıracağız.

Yargıcın uygulamak mecburiyetinde olacağı ve tane tane telâffuz etmeye ve iyileştirmeye çalışması gereken kuralların aşikâr karakteri, eğer yargıcın hiç kimse tarafından yapılmış olmayan ve bireylere ne yapmaları gerektiğinin söylenmesine dayanmayan bir düzendeki karışıklıkları düzeltmek üzere görev yaptığını hatırlarsak, en iyi biçimde anlaşılır. Çoğu durumda, hiçbir otorite ihtilaflı davranışın vuku bulduğu zamanda bireylerin ne yaptığını veya onu niçin yaptıklarını bilmiş olmayacaktır bile. Yargıç bu anlamda kendiliğinden doğan düzenin bir müessesesidir. O, daima, bireylerin, içinde kendi planlarını, diğer insanların davranışları hakkında gerçekleşme şansı bir hayli yüksek beklentiler oluşturabilmeleri sayesinde, başarılı biçimde takip etmeye muktedir oldukları süregelmekte olan bir sürecin bir özelliği olarak böyle bir düzeni hazır bulacaktır.

Bunun ehemmiyetini takdir etmek için, kendimizi, kendisine daha sonra kanunlar veren bir toplumun daha başından itibaren mevcut olduğu yolundaki hatalı fikirden azade kılmamız gereklidir. Bu yanlış fikir Descartes ve Hobbes'dan Rouseau ve Bentham yoluyla zamanımızın hukuki pozitivizmine doğru gelen ve araştırıcıları - bilim adamlarını - hukuk ve

hükümet arasındaki gerçek münasebete karşı körleştiren kurucu rasyonalizmin temelidir. Bir insan topluluğu toplum adını verdiğimiz düzenli ilişkiler içinde, birlikte, ancak bireylerin belirli kurallara riayet etmesi sayesinde yaşayabilir. Bu sebeple, hukukun otoriteden kaynaklanmakta olduğu yolundaki, zahirde makul görünen fakat gerçekte öyle olmayan ve yaygın biçimde benimsenen görüşü tersine çevirirsek ve daha ziyade, bütün otoritenin hukuktan kaynaklandığını - hukukun otoriteyi tayin etmesi anlamında değil, fakat otoritenin, ondan bağımsız olarak mevcut olduğu farz edilen ve neyin doğru olduğu konusundaki yaygın bir görüşe dayanan bir hukuku uyguladığı için (ve öyle yaptığı sürece) itaati hak etmesi anlamında - düşünürsek hakikate daha fazla yaklaşmış oluruz. Bu sebeple hukukun tümü yasama faaliyetinin mahsulü olamaz; fakat yasama gücü bazı ortak kuralların kabulünü varsayar ve yasama gücünün temelinde yatan kurallar aynı zamanda bu gücü sınırlar. Hiçbir grup, muhtemelen, grubun üyeleri bir ölçüde çakışan fikirleri benimsemedikçe, ifade edilmiş kurallar üzerinde anlaşamayacaktır. Bu gibi bir fikir çatışması, eylemin belirli sonuçları üzerinde anlaşmaya değil, ifade edilmiş adil davranış kuralları üzerinde vazıh bir anlaşmaya takaddüm etmek mecburiyetinde olacaktır. Genel değerlerinde birbirlerinden farklı olan kişiler, arada sırada, belirli somut amaçlar üzerinde anlaşabilir ve onların kazanılması için işbirliği yapabilirler. Fakat belirli amaçlar üzerinde böyle bir anlaşma toplum diye adlandırdığımız sürekli düzenin oluşumu için as a yeterli olmayacaktır.

Büyümüş hukukun mahiyeti ortak adalet mefhumlarına sahip olan fakat ortak hükümete sahip olmayan insan grupları içindeki duruma göz attığımızda en aşikâr biçimde ortaya çıkar. Ortak kurallar tarafından, fakat bu kuralların tatbik edilmesi için tasarlanarak yaratılmış bir organizasyon olmaksızın, bir arada tutulan gruplar, mutlaka, sık sık var olmuştur. Böyle bir ilişkiler durumu bir bölgesel devlet olarak tanıdığımız şeyde asla hüküm sürmüş olamaz, fakat o, şüphesiz, çoğu defa, tüccarlar veya saygı ve misafirseverlik kuralları tarafından birleştirilen kişilerden müteşekkil gruplarda mevcut olmuştur.

Bu gruplarda kanaat tarafından ve onları ihlâl edenlerin gruptan dışlanması yoluyla uygulanan kuralları 'hukuk' olarak adlandırmak mecburiyetinde olup olmadığımız, bir terminoloji ve bu sebeple bir uygunluk meselesidir.

Şu anki gayemiz açısından, sadece uygulanmaları amacıyla yaratılmış olan bir organizasyon tarafından tatbik edilen kurallarla değil, davranışta saygı gösterilen bütün kurallarla ilgiliyiz. Bu kurallara fiili olarak riayet edilmesi bir faaliyet düzeninin oluşması için şarttır; onların icra edilmeye ihtiyaçlarının olup olmadığı veya nasıl icra edildikleri ikinci derecede önemli bir konudur. Bazı kuralların fiilen izlenmesi, hiç şüphesiz, herhangi bir tasarımlı icradan önce gelmiştir. Bu sebeple, bu kuralların zuhur ediş sebepleri, onların yürütülmesini zaruri kılmış olan sebeplerle karıştırılmamalıdır. Kuralları icra etmeye karar vermiş olanlar bu kuralların hangi maksada hizmet ettiğini asla tam olarak anlamamış olabilirler. Fakat, eğer toplum devam edecekse, toplum onları etkili biçimde öğretmenin ve aynı zamanda (aynı şey olabilirse de) uygulamanın bazı yöntemlerini geliştirmek mecburiyetindedir. Ancak, onların uygulanmalarının gerekip gerekmediği, onların gözlenmelerinin sonuçlarından başka, şartlara da dayanır. Kuralların gözlenmesinin sonucu ile ilgili olduğumuz sürece, bu kurallara, bireyler tarafından, belirli amaçları elde etmenin bireylerin bildiği yegâne yolunu tanımladığı için mi, yoksa bazı cins baskıların yahut müeyyidelerin yarattığı korkuların onları başka türlü davranmaktan alıkoyması yüzünden mi riayet edildiğinin konuyla ilgisi yoktur. Bazı davranışların diğer insanların müsamaha göstermeyeceği kadar gaddar olacağı saf hissi, bu çerçevede, gelişmiş hukuki sistemlerde bulduğumuz düzenli usul yoluyla uygulama kadar mühimdir. Bu safhada bizim için önemli olan şudur: Halihazırda riayet edilmekte olan bir kurallar sistemini sağlama alma ve geliştirme gayreti sayesinde hukuk cihazı olarak bildiğimiz şey inkişaf eder.

Bu cins bir hukuk, ihtilafları çözmek üzere davet edilen fakat karara bağlamak mecburiyetinde oldukları davranışlar üzerinde hiçbir kumanda gücüne sahip olmayan hakemlerin veya benzeri kişilerin gayretleriyle tedricen açıkça ifade edilir. Karara bağlanacak şey, tarafların herhangi bir kimsenin iradesine (isteğine) uyup uymadıkları değil, fakat, onların eylemlerinin, grup üyelerinin her günkü davranışlarının dayandığı pratiklerden haberdar olmaları sayesinde diğer tarafların makul biçimde oluşturdukları beklentilere uyup uymadıkları olacaktır. Âdetlerin buradaki önemi şudur: Onlar insanların davranışlarına kılavuzluk eden beklentilerin doğmasına neden olurlar. Bağlayıcı olarak telâkki edilecek şey, bu sebeple,

herkesin gözlenmekte olduğunu düşündüğü ve o münasebetle çoğu faaliyetlerin başarısının şartı haline gelmiş olan pratiklerdir[69]. Bu âdetlerin sağlama aldığı beklentilerin yerine getirilmesi herhangi bir insan iradesinin eseri, veya, herhangi bir kimsenin isteklerine yahut ilgili kişilerin belirli kimliklerine bağlı olmayacak, öyle görünmeyecektir. Eğer tarafsız bir yargıç çağırma ihtiyacı doğarsa, bu böyle bir kimsenin davaya herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda vuku bulabilecek türden bir dava olarak bakması ve bu sebeple kendisi tarafından şahsen bilinmeyen kişiler arasında benzer bir konuma düşmüş herhangi bir kimsenin beklentilerini tatmin edecek bir tarzda karar vermesi bekleneceği için yapılacaktır.

Yargıcın görevi bir organizasyonun başkanının görevinden nasıl ayrılır

Hiç ifade edilmemiş ve belki daha önce hiç riayet edilmemiş kuralları bulmak mecburiyetinde olduğu durumda bile, yargıcın görevi, belirli amaçların elde edilmesi için hangi hareketin yapılması gerektiğine karar vermek zorunluluğunda olan bir organizasyon liderinin görevinden tamamıyla farklı olacaktır. İnsanları belirli amaçlar için organize etmeye alışkın bir kimsenin aklına, talimatlarına, grubun bütün üyelerine onlara verilmiş görevlere bakmaksızın eşit olarak uygulanabilir kurallar biçimini verme fikri eğer o zaten yargıç örneğine daha evvelden sahip olmasaydı, muhtemelen, asla gelmeyecekti. Bu sebeple, emretme gücüne sahip herhangi bir otoritenin, hukuku, yargıcın onu geliştirmiş olduğu anlamda, yani kendisini soyut terimlerle tanımlanabilir bir pozisyonda bulan herkese uygulanabilir kurallar olarak geliştirmiş olması ihtimal dışı görünmektedir. Beşeri amacın kendisini bilinmeyen sayıdaki müstakbel durumlar için kurallar koyma işi ile meşgul etmesi gerektiği fikri ilkel insanların pek muktedir olmadığı bir bilinçli soyut düşünce ustalığını varsayar. Hedeflenmiş belirli bir sonuçtan bağımsız soyut kurallar hüküm sürmek için bulunmak mecburiyetinde olan bir şeydi, aklın taammüden yaratabileceği bir şey değil. Eğer bu gün soyut kurallar anlamında hukuk kavramına, onu taammüden yapmaya muktedir olmamız gerektiği fikri bize aşikâr görünecek kadar alışkın isek, bu, sayısız yargıç nesillerinin insanların davranışta riayet etmeyi öğrenmiş olduğu şeyleri kelimelerle ifade etme gayretlerinin sonucudur. Bu gayretlerinde onlar bu gibi kuralların kendisiyle ifade edilebileceği lisanı yaratmak mecburiyetindeydiler.

Nitekim, bir yargıcın ayırt edici tavrı, onun herhangi bir otoritenin belirli bir durumda yapılmasını istediği şeyle uğraşmaması, fakat özel kişilerin umut etmek için 'meşru' -ki burada meşru' genel olarak özel bireyin o toplumdaki eylemlerinin dayanmakta olduğu türden beklentilere işaret etmektedir-sebeplere sahip olduğu şeyle uğraşması keyfiyetinden çıkmaktadır. Kuralların hedefi bireylerin planlarının başarılı olmasının dayandığı, beklentilerin birbirine uydurulması veya mutabık kılınması işini kolaylaştırmak olmalıdır.

Barışı muhafaza etmek üzere bir yargıç gönderen bir yönetici, normal olarak, yaratmış olduğu bir düzeni muhafaza etmek gayesi için veya talimatlarının yerine getirilip getirilmediğini görmek için öyle yapmayacaktır, fakat, mahiyetini dahi bilmiyor olabileceği bir düzeni onarmak için öyle yapacaktır. Bir yargıç, bir nezaretçiye veya müfettişe benzemeksizin, talimatların yerine getirilip getirilmediğini veya herkesin kendisine verilen görevi ifa edip etmediğini görmek mecburiyetinde değildir. Daha yüksek bir otorite tarafından tayin edilmiş olabilir ise de, onun vazifesi söz konusu otoritenin iradesini infaz etmek değil, fakat var olan bir düzeni bozabilecek ihtilafları çözmek olacaktır. O, otoritenin hakkında hiçbir şey bilmediği vakalarla ve kendi paylarına otoritenin onların ne yapmaları gerektiğiyle ilgili talimatları hakkında hiç bilgileri olmayan kimselerin davranışlarıyla meşgul olacaktır.

Böylelikle 'başlangıcında, hukuk (hukukçunun hukuku anlamında), amacı ve yegâne amacı için, barışı muhafaza etmek mecburiyetindeydi’. Yargıcın infaz ettiği (yürüttüğü) kurallar, onu tayin eden yönetici açısından, sadece, onlar barışı muhafaza ettiği ve insanların gayretlerinin taciz edilmeksizin akışının devamını temin ettiği sürece ilgi konusudur. Kuralların bireylere herhangi bir kimse tarafından ne yapmaları gerektiğinin söylenmesiyle alâkası yoktur, fakat sadece bireylerin hiç kimsenin yapmasına izin verilmeyen belirli türlerden eylemlerden kaçınmalarıyla ilgisi vardır. Kurallar, hiç kimsenin yapmış olmadığı fakat buna rağmen var olduğu görülen süregelmekte olan bir düzenin muayyen ön varsayımlarına işaret ederler.

Yargı faaliyetinin hedefi devam edegelmekte olan bir faaliyetler düzeninin idamesidir

Yargıcın bulduğu ve uyguladığı kuralların bir var olan düzenin idamesine hizmet ettiği fikri, bu kurallar ile sonuç olarak doğan düzen arasında ayırım yapmanın mümkün olduğuna delâlet eder. Onların birbirinden farklı oluşu, sadece bazı bireysel davranış kuralılarının bir toplu düzen üreteceği, oysa diğer bazı kuralların böyle bir düzeni imkânsız kılacağı gerçeğinden çıkar. Bireylerin müstakil eylemleri bir toplu düzenle sonuçlanacaksa, gerekli olan şey, bu eylemlerin yalnızca bir diğerine gereksiz biçimde müdahale etmemekle kalmaması, fakat aynı zamanda, bireylerin davranışlarının başarısının diğerlerinin davranışlarıyla bir ölçüde uyuşmaya dayandığı durumlarda, en azından bu uyuşmanın vuku bulması için iyi bir şansın mevcut olmasıdır. Fakat, kuralların bu bakımdan bütün yapabileceği, insanların bu uyuşmayı birlikte bulmasını ve oluşturmasını daha kolay kılmasıdır; soyut kurallar bunun her zaman vuku bulmasını bilfiil garanti edemez.

Bu gibi kuralların gelişmeye yüz tutacak olmasının sebebi, daha yararlı bir eylemler düzenine yardım edici kuralları tesadüfen benimsemiş olan grupların daha az yararlı bir düzene sahip diğer gruplar üzerinde hakimiyet sağlamaya meyledecek olmalarıdır[70]. Yayılacak kurallar, farklı gruplarda mevcut olan ve bazı grupları diğerlerinden daha güçlü yapan pratik veya âdetleri yöneten kurallar olacaktır. Ve bazı kurallar müstakilen davranan diğer kişilerle ilgili beklentilere daha başarılı şekilde rehberlik etmek suretiyle üstün olacaktır. Hakikaten, bazı kuralların üstünlüğü, genel olarak, onların sadece kapalı bir grup içinde değil fakat aynı zamanda tesadüfen buluşan ve bir diğerini şahsen bilmeyen insanlar arasında da yararlı bir düzen yaratacak olmaları gerçeğinde apaşikâr onaya çıkacaktır. Onlar, böylelikle, talimatlara benzemeksizin, bir ortak amacı izlemeyen insanlar arasında bile bir düzen yaratacaklardır. Kurallara herkes tarafından riayet edilmesi her biri için mühim olacaktır, zira her birinin amaçlarının elde edilmesi buna bağlı olacaktır, fakat farklı kişilerin kendilerine mahsus amaçları bir diğerinden tamamıyla farklı olabilecektir.

Kurallara uygun biçimde hareket ettikleri sürece, bireylerin kuralların bilinçli olarak farkında olmaları gerekli değildir. Kuralları ifade edilmiş terimler halinde şöyledir ve şöyledir şeklinde bilmeleri (knowing that) gerekmeksizin, kurallara uygun olarak nasıl hareket edileceğini bilmeleri

(knowing how) yeterlidir. Fakat onların 'know how'ları yalnızca sık sık vuku bulan durumlarda muhkem rehberlik sağlayacaktır, oysa daha nadir durumlarda hangi beklentilerin meşru olacağı hakkındaki bu sezgisel kesinlik namevcut olacaktır. Daha sonraki durumlarda yerleşik kurallar hakkında daha çok şey bildiği farz edilen insanlara başvurma mecburiyeti doğacaktır; eğer barış muhafaza edilecek ve kavgalar önlenecekse. Karar vermeye davet edilen böyle bir kimse, çoğu defa, üzerinde fikir ayrılıkları bulunan kuralları ifade etmeyi ve o münasebetle daha kesin kılmayı gerekli görecektir ve hatta bazen genel olarak kabul edilmiş hiçbir kuralın mevcut olmadığı durumda yeni kurallar tedarik etmeyi lüzumlu bulacaktır.

Kuralları böylece kelimelerle ifade etmenin amacı, evvelemirde, onların özgül bir durumda uygulanmalarına rıza (muvafakat) elde etmek olacaktır. Bunu yapmada, çok defa, şimdiye kadar yalnızca âdetler biçiminde var olmuş olan kuralların sırf ifade edilişi ile daha önce hiç kendilerine göre hareket edilmemiş, fakat bir kere ifade edildi miydi çoğu kimse tarafından uygun olduğu kabul edilebilecek kuralların beyanı arasında ayırım yapmak imkânsız olacaktır. Fakat bu iki durumun hiçbirinde yargıç herhangi bir kuralı dilediği gibi telâffuz etmekte serbest olmayacaktır. Yargıcın telâffuz ettiği kurallar, zaten kabul edilmekte olan kurallar heyetindeki bir kati boşluğu, halihazırda mevcut olan kuralların mümkün kıldığı eylemler düzenini muhafaza etmeye ve geliştirmeye yararlı olacak tarzda doldurmak mecburiyetinde olacaktır[71].

Böyle bir kurallar sisteminin yargı faaliyetleriyle geliştirilmesi sürecinin kavranması için, bir yargıcın sadece halihazırda sağlamca yerleşmiş pratikleri tatbik ve ifade etmek mecburiyetinde olmadığı, fakat yerleşik âdetin neyi gerektirdiği hakkında hakiki bir şüphenin mevcut bulunduğu ve sonuçta davacıların iyi niyet bakımından farklı olabileceği durumları, göz önünde tutmamız azami ölçüde öğretici olacaktır. Yerleşik hukukta gerçek bir boşluğun mevcut olduğu bu gibi durumlarda bir yeni kural, yalnızca, eğer bir kimse ifade edildikten sonra münasip olduğu kabul edilecek bir kural bulma göreviyle vazifelendirilirse, kendisini muhtemelen tesis edebilecektir.

Böylece, adil davranış kurallarının, aynen onların mümkün kıldığı davranış düzeni gibi, evveliyetle kendiliğinden zuhur eden bir gelişmenin mahsulü

olmasına rağmen, onların tedrici mükemmelliği mevcut sistemi yeni kurallar koymak suretiyle geliştirecek olan yargıçların (veya hukukta bilgi sahibi olan diğerlerinin) maksatlı çabalarını gerektirecektir. Hakikaten, bildiğimiz hukuk, yargıçların veya hatta bir kanun koyucunun onu tedrici gelişmenin sürükleyebileceği çıkmaz yollardan kurtarmaya veya büsbütün yeni problemlerle uğraşmaya yönelik bu tür çabaları olmaksızın asla kâmilen gelişemezdi. Ancak, bir bütün olarak, kurallar sisteminin, kendi öz yapısını, yargıçlara da, kanun koyuculara da borçlu olmadığı hâlâ doğrudur. O, işleyişi içinde âdetlerin kendiliğinden büyümesinin ve var olan bir sistemin ayrıntılarının tasarımlı tekâmülünün daimi biçimde karşılıklı birbirlerini etkiledikleri bir evrim sürecinin mahsulüdür. Bu iki faktörün her biri, özgül muhtevası daima hukuk kurallarından ziyade şartlara dayanacak olan bir maddi eylemler düzenine yardım etmek için, diğerinin oluşumuna katkıda bulunduğu şartlar çerçevesinde işlemek mecburiyetinde olmuştur. Şimdiye kadar hiçbir hukuk sistemi bir bütün olarak dizayn edilmemiştir ve kodifikasyona yönelik çeşitli teşebbüsler bir mevcut hukuk kuralları heyetini sistematize etmekten ve bunu gerçekleştirirken onu tamamlamaktan veya tutarsızlıkları bertaraf etmekten daha fazlasını yapamamıştır.

Yargıç böylece çoğu zaman gerçekten birden fazla çözümü olabilecek bir bilmeceyi çözmek zorunda kalacaktır, fakat ekseriya, karşılanması gereken bütün şartlara uyacak tek bir çözüm bulmak dahi bir hayli güç olacaktır. Yargıcın görevi, nitekim, entelektüel bir görev olacaktır; hislerinin veya kişisel tercihlerinin, ihtilaflı taraflardan birinin vaziyetine-duyduğu şefkatin, veya belirli bir maksadın önemiyle ilgili kanaatinin onun kararını etkileyebileceği bir görev değil. Belirli bir somut hedef olmamasına rağmen ona kesin hedef verilecektir. Verili bir davranış düzenini vuku bulmuş cinsten çatışmaların tekrar meydana gelmesini önleyecek bir kural koyarak geliştirmek. Bu görevi deruhte etme çabasında o, daima, kabul etmesi gereken bir yerleşik kurallar kozmosu içinde hareket etmek ve sistemin bir bütün olarak hizmet ettiği amacın gerektirdiği her parçayı bu kozmosa uydurmak mecburiyetinde olacaktır.

'Diğer insanlara yönelik eylemler' ve beklentilerin korunması

Yargıcın önüne bir dava gelmesi için bir ihtilafın doğmuş olması gerekeceğinden ve yargıç normal olarak emir ve itaat ilişkileriyle ilgili olmayacağından, bireylerin yalnızca diğer kimseleri etkileyen eylemleri, veya, ananevi olarak tasvir edildikleri üzere, diğer bireylere yönelik eylemleri (operations quae sant ad alterum) hukuk kurallarının formülasyonunun belirmesini sağlayacaktır. Şimdi, bu gibi 'diğerlerine yönelik eylemler'in nasıl tanımlanacağı zor sorusunu tetkik etmek mecburiyetindeyiz. Şimdilik, sadece, bir bireyin yalnızca kendi dört duvarı içinde yaptığı şey, veya, hatta birkaç kişinin diğerlerini etkilemeyen veya onlara zarar vermeyen tarzda gönüllü işbirliği gibi bu türden olmayan eylemlerin katiyetle bir yargıcı alâkadar edecek davranış kurallarının mevzusu olamayacağına işaret etmek istiyoruz. Bu nokta önemlidir, zira, o bu meselelerle uğraşan kimseleri kaygılandıran bir problemi, yani mükemmelen genel ve soyut kuralların yine de bireysel özgürlüğe ciddi ve gereksiz sınırlamalar koyabileceği fikrini cevaplandırmaktadır. Gerçekten, dini konformizm gerektiren kurallar gibi kurallar pekâlâ bireysel hürriyetin en vahim ihlâli olarak algılanabilirler. Lâkin, gerçek şundan ibarettir: Bu gibi kurallar diğerlerine yönelik davranışı sınırlayan, veya, bunları tarif edeceğimiz üzere, bireylerin korunan alanlarını belirleyip sınırlayan kurallar değildir. En azından, bütün grubun bireylerin günahlarından dolayı tabiatüstü bir güç tarafından cezalandırılabileceğine inanılmayan bir yerde, diğerlerine yönelik davranışların sınırlanmasından ve bu sebeple ihtilafların çözülmesinden bu gibi hiçbir kural doğamaz[72].

Fakat, 'diğer insanlara yönelik davranışlar' neferdir ve onlar arasındaki çatışma davranış kuralları tarafından ne dereceye kadar önlenebilir? Hukuk, aşikâr olarak, diğerlerine zarar veren bütün davranışları yasaklayamaz, sadece, hiç kimse her (hangi bir) eylemin bütün etkilerini önceden göremeyeceği için değil, fakat aynı zamanda yeni şartların bazı kimselere telkin edeceği plan değişikliklerinin olması yüzünden. Sürekli değişen bir toplumda hukukun beklentilerin hüsrana uğramasına karşı sağlayabileceği himaye daima yalnızca bütün beklentilerin değil bazı beklentilerin himayesi olacaktır ve diğerlerine bilerek verilen bazı zararlar kendiliğinden doğan bir düzenin muhafazası için zaruri olacaktır. Hukuk, yeni bir işin kurulmasını, bu o işin kurulmasının bir başkasının çöküşüne yol açacağı beklentisi içinde yapılsa bile yasaklamaz. Bu sebeple adil davranış kurallarının görevi sadece

insanlara hangi beklentileri hesaba katacaklarını ve hangilerini hesaba katmayacaklarını söylemek olabilir.

Bu gibi kuralların gelişmesi, besbelli, hukuk kuralları ve beklentiler arasında daimi bir karşılıklı etkileşimi istilzam edecektir. Oysa, yeni kurallar var olan beklentileri korumak için konulacakken, her yeni kural aynı zamanda yeni beklentiler yaratmaya temayül edecektir[73]. Cari beklentilerin bazıları daima birbiriyle çatışacağı için, yargıç, sürekli olarak, bunlardan hangisinin meşru muamele göreceğine karar vermek zorunda olacak ve böyle yapmakla yeni beklentiler için bir temel sağlayacaktır. Bu, bir ölçüde, daima tecrübi bir süreç olacaktır, çünkü yargıç (aynı şey kanun-yapıcı için de geçerlidir) hiçbir zaman koyduğu kuralın bütün sonuçlarım önceden görmeye muktedir olmayacaktır ve çoğu defa beklentilerin çatışmasının kaynaklarını azaltma çabasinda başarısız kalacaktır. Bir ihtilafı çözmeye niyetli herhangi bir yejhi kural pekâlâ bir diğer noktada yeni bir ihtilâfın doğmasına yol açabilir, çünkü yeni bir kural tesisi daima hukukun tek başına tamamıyla belirleyemeyeceği bir eylemler düzenine etkide bulunur. Lâkin, yalnızca onların bu eylemler düzeni üzerindeki, ancak deneme yanılma yoluyla keşfedilecek etkileri yoluyladır ki, kuralların münasip oluşu veya olmayışı muhakeme edilebilir.

Dinamik bir faaliyetler düzeninde yalnızca bazı beklentiler korunabilir

Bu süreç esnasında, yalnızca, bütün beklentilerin genel kurallar tarafından korunamayacağı öğrenilmekle kalmayacak, fakat aynı zamanda, mümkün olduğu kadar çok beklentinin yerine getirilmesi şansının, eğer bazı beklentiler sistematik olarak boşa çıkartılırsa azami ölçüde artırılacağı da keşfedilecektir. Bu aynı zamanda, demektir ki, diğerlerine zarar verecek bütün eylemleri önlemek mümkün veya arzuya şayan değildir, fakat sadece bazı belirli davranış türlerini önlemek mümkün ve arzuya şayandır. Himayenin yönünü değiştirmek ve o münasebetle birinin ilgili olduğu emin beklentileri hayal kırıldığına uğratmak tamamıyla meşrudur. Hukukun önlemek istediği birinin diğerine verdiği zarar, bu yüzden, bütün zarar değil yalnızca hukukun meşru tayin ettiği beklentilerin boşa çıkarılmasıdır. Ancak bu yolla 'diğer insanlara zarar verme' (emredici ilkesi) kendi sahip oldukları bilgiye dayanarak kendi amaçlarını izlemelerine müsaade edilen

bir insan grubu için anlamlı bir muhtevaya sahip bir kural haline getirilebilir. Her bir birey için teminata bağlanabilecek şey, başka hiç kimsenin onun hedeflerinin izlenmesine karışmayacağı değil, fakat yalnızca, belirli araçları kullanırken kendisinin müdahaleye maraz kalmayacağı olacaktır.

Sürekli değişmekte olan ve içinde, bu daimi değişmenin sonucu olarak, bazı bireylerin mütemadiyen yeni olgular keşfediyor olacakları ve bizim onları bu yeni bilgiyi kullanır kılmak (yapmak) istediğimiz bir dış çevrede, bütün beklentileri korumak açıkça imkânsızdır. Eğer bireyler kendi eylem planlarını yeni gerçeklere, bu gerçekler onlara her ne zaman bilinir olursa, intibak ettirmekten alıkonulurlarsa, bu, kesinliği artırmaktan ziyade azaltacaktır. Gerçekte, beklentilerimizin pek çoğu sadece diğer insanların yeni bilginin ışığında kendi planlarını sürekli değiştirmeleri sayesinde gerçekleştirilebilir. Eğer bizim diğer belirli bireylerin eylemleriyle ilgili bütün beklentilerimiz korunursa, daimi olarak değişmekte olan bir çevrede herhangi bir kimsenin bize umduğumuz şeyi sağlayabilmesini borçlu olduğumuz bütün düzeltmeler önlenecektir. Bu sebeple, hangi beklentilerin korunması gerektiği, bir bütün olarak beklentilerin yerine getirilmesini nasıl azamileştirebileceğimize bağlıdır.

Böyle bir azamileştirme, elbette, bireylere daha evvel yapmakta oldukları şeyi yapmaya devam etmelerini emrederek elde edilemeyecektir. Gerçeklerin bazılarının kaçınılmaz olarak gayri muayyen (belirsiz) olduğu bir dünyada, yalnızca eğer her bireyin kendisini diğerleri tarafından önceden görülemez tarzda öğrendiği şeye adapte etmesine izin verirsek, bir ölçüde istikrara ve bu sebeple herkesin faaliyetlerinin toplu sonucunun önceden görülebilmesi imkânına kavuşabiliriz. Ayrıntılardaki bu cins devamlı değişiklikler yoluyla, içinde, gördüğümüzden ne bekleneceğiyle ilgili epeyce güvenilebilir istidlâller yapmaya muktedir olduğumuz bir soyut toplu düzen muhafaza edilecektir.

Her bir kişiye diğerlerinin ondan beklemeyi öğrenmiş olduğu şeyi yapmaya devam etmesinin emredilmesinin bütün düzenin süratle bozulmasına yol açacağını görmek için, sadece bundan çıkan sonuçları bir an düşünmek yeterli olacaktır. Eğer bireyler bu gibi emirlere itaate gayret ederse, bir kısmı, derhal şartların değişmiş olması yüzünden, böyle yapmanın fiziksel

olarak imkânsız olduğunu keşfedecektir. Fakat onların beklentileri karşılamakta muvaffak olamamasının etkileri bu sefer diğerlerini benzer bir pozisyona koyacaktır ve bu etkiler gitgide artan bir kişiler halkasına doğru uzanacaktır. (Bu, yeri gelmişken söyleyeyim, bütünüyle planlanmış bir sistemin çökmeye istidatlı oluşunun sebeplerinden biridir.) Kompleks bir üretim sisteminde sonuçların tam akışı bu sistemin elementlerinin davranışlarının fevkalâde esnek olmasını gerektirir ve yalnızca ayrıntılardaki önceden görülemeyecek değişiklikler yoluyla bütün sonuçların yüksek derecede öngörülebilirliğine ulaşılabilir.

İleride (2. cilt, 10. bölümde) piyasada bazı beklentilerin sistematik biçimde boşa çıkışı suretiyle genelde beklentilerin fiilen oldukları kadar etkin biçimde karşılanışları paradoksunu daha geniş olarak tahlil edeceğiz. Bu, 'negatif geri beslemenin işleyiş tarzıdır. Şimdilik, muhtemel bir yanlış anlamayı önlem için, sadece şu gerçek eklenmelidir: Toplu düzenin bireysel olgulardan daha büyük bir düzenlilik göstermesinin, bireysel eylemler bir karşılıklı intibakın mahsulü olduğu için, istatistiğin meşgul olduğu, elementlerin tesadüfi hareketinden hasıl olabilecek ihtimaliyetler ile hiçbir münasebeti yoktur.

Bizim hemen ele alınacak meselemiz, bu eylemler düzeninin belirli beklentilere dayanmakta olmasının, bir ölçüye kadar, daima, insanların kendi beklentilerinin yerine getirilmesini sağlama almaya çabalamasından evvel bir gerçek olarak var olmuş olacağını göstermektir. Mevcut eylemler düzeni, ilkönce insanların hesaba kattıkları bir gerçekten ibaret olacak ve insanların, amaçlarının başarılı biçimde takibi için ona nasıl bağlı olduklarını keşfettikçe muhafaza etmeye hevesli oldukları bir değer haline gelecektir. Onu bir amaçtan ziyade bir değer olarak adlandırmayı tercih ediyoruz, zira o, hiç kimsenin onu taammüden üretmeyi amaçlamış olmamasına rağmen herkesin muhafaza etmeyi isteyeceği bir durum olacaktır. Hakikaten, herkesin kendi şanslarının bir düzenin muhafazasına bağlı olduğunun farkına varacak olmasına rağmen, muhtemelen hiç kimse bu düzenin mahiyetini tasvire muktedir olmayacaktır. Bu böyle olacaktır, çünkü, düzen, herhangi bir muayyen gözlemlenebilir gerçek anlamında tanımlanamaz, fakat sadece ayrıntıların değişmesi suretiyle muhafaza edilecek olan bir soyut ilişkiler sistemi anlamında tanımlanabilir. O, daha

önce söylenildiği gibi, görülebilir veya başka suretle farkına varılabilir bir şey değil, yalnızca zihni olarak yeniden inşa edilebilir bir şey olacaktır.

Ancak, düzen, basitçe, kurallara itaatten mürekkepmiş gibi görünebilse ve kurallara itaat düzenin teminatı olsa da, bütün kuralların düzeni garanti etmeyeceğini de gördük. Yerleşik kuralların belirli bir şartlar dizisi içinde bir toplu düzenin oluşumuna yol verip vermeyeceği daha çok onların özgül muhtevasına bağlı olacaktır. Uygun olmayan kurallara itaat tam da düzensizliğin sebebi olabilir ve açıkça bireysel eylemlerin bir toplu düzenle bütünleşmesini imkânsızlaştıracak bazı makul bireysel davranış kuralları vardır.

Âdil davranış kurallarının hizmet ettiği 'değerleri', böylelikle var olan bir olgusal düzenin, ayrıntıları değil, insanların, onları çok sayıdaki değişik, birbirinden ayrı ve önceden bilinemez amaçların etkili biçimde takibinin şartlan olarak gördükleri için artırmak istedikleri, soyut özellikleri olacaktır. Kurallar, cemiyetimizin toplu düzeninin, onun daha yüksek derecede sahip olmasını istediğimiz belirli soyut özelliklerini garanti etmeyi hedefler. Düzeni, başlangıçta tedavüldeki davranışların temelini teşkil eden kuralları iyileştirerek hüküm sürer kılmaya çabalarız. Başka bir ifadeyle, bu kurallar başlangıçta hiç kimsenin taammüden yaratmadığı ve bundan dolayı hiçbir amacı olmayan, fakat biz onun bizim bütün eylemlerimizin başarılı biçimde takibi için önemini anlamaya başladıktan sonra iyileştirmeyi çalışabileceğimiz bir maddi ilişkiler durumunun bir vasfıdır.

Normların yalnızca gerçekleri kapsayan kaziyelerden çıkartılamayacağı, şüphesiz, doğru olmasına rağmen, bu demek değildir ki, belirli türlerden sonuçları amaçlayan bazı normların kabulü, bazı olgusal durumlarda, bizi diğer normları kabule mecbur edemez, çünkü, bu durumlarda, kabul edilmiş normlar, yalnızca, eğer diğer normlara da itaat edilirse, kendilerinin haklılık sebebi olan amaçlara hizmet edeceklerdir. Böylelikle eğer biz bir verili normlar sistemini sualsiz kabul edersek ve belirli bir olgusal durumda onun bazı tamamlayıcı kurallar olmaksızın hedeflediği sonucu elde edemeyeceğini keşfedersek, bu tamamlayıcı kurallar, halihazırda yerleşmiş olan kurallar tarafından, bu yerleşik kurallarca mantıki olarak gerektirilmemelerine rağmen, talep edilecektir. Ve bu cins başka kuralların varlığı genellikle sessizce farz edileceğinden, bazı yeni gerçeklerin

belirmesinin belirli yeni normları zaruri kılacağını ileri sürmek, bütün bütün doğru olmamasına rağmen, en azından tamamıyla yanlış da değildir.

Davranış kuralları sistemi ile eylemlerin olgusal (maddî) düzeni arasındaki bu ilişkinin mühim bir sonucu, saf normlar bilimi olan ve hedeflediği olgusal düzeni hiç hesaba katmayan bir hukuk biliminin asla mevcut olamayacağıdır. Yeni bir normun mevcut bir normlar sistemine uyup uymayacağı sadece bir mantık problemi olmayacak, fakat, genellikle, mevcut maddi şartlarda yeni normun bir kabili telif eylemler düzenine yol verip vermeyeceği problemi olacaktır. Bu, soyut davranış kurallarının muayyen eylemleri yalnız belirli bazı şartlarla birlikte belirleyeceği gerçeğinden çıkar. Bir yeni normun mevcut sisteme uyup uymama testi, böylelikle maddi (olgusal) bir test olabilir ve halihazırda var olan normlarla mantıken tamamıyla tutarlı görünebilen bir norm, yine de, eğer, bazı şartlar altında, mevcut normların müsaade ettiği diğer eylemlerle çatışacak eylemlere izin verirse, var olan normlarla çatışma içinde çıkabilir. Bu, hukuku, bütün hukuk kurallarının açık kaziyelerden istidlâl edildiği, pür bir 'normlar bilimi' olarak muameleye tâbi tutan kartezyen veya 'geometrik' yaklaşımın böylesine yanıltıcı oluşunun nedenidir. Söz konusu yaklaşımın yargı kararlarını daha (iyi) öngörülebilir yapma ivedi hedefinde dahi başarısız kalmak mecburiyetinde olduğunu görürüz. Normlar, diğer normlara olgulardan tecrit edilmiş vaziyette uyup uymamalarına göre değerlendirilemezler, çünkü onların müsaade ettikleri eylemlerin karşılıklı olarak telifi kabil olup olmayışı olgulara bağlıdır.

Bu, hukuk bilimi tarihi boyunca daimi olarak 'şeylerin tabiatı' (natura rerum veya Natur der Sache)[74] biçiminde belirmiş olan, O.W.Holmes'in sık sık iktibas edilen 'hukuk hayatı mantık olmamıştır, tecrübe olmuştur'[75] ifadesinde veya 'sosyal hayatın zarûretleri'[76], davranışların 'telif edilebilirliği' (uygunluğu)[77] veya 'uzlaştırılabilirliği,[78] gibi hukukun müracaat ettiği (gönderme yaptığı) değişik ifadelerde bulduğumuz temel ferasettir.

Beklentilerin azami uyumu korunan alanların sınırla(n)masıyla elde edilir

Davranış kurallarının beklentilerin kesinliğini güçlendirmeye hizmet ettiğini anlamanın böylesine güç olmasının ana sebebi, onların belirli bir somut nesneler durumunu tayin ederek değil, fakat sadece, üyelerini onlara bilinen ayrıntılardan hayli yüksek düzeltilme şansı bulunan beklentiler çekmeye muktedir kılan bir soyut düzeni belirleyerek böyle yapmalarıdır. Bu, olguların bazılarının öngörülemez bir tarzda değiştiği ve düzenin bireylerin kendilerini yeni gerçeklere onları ne zaman fark ederlerse intibak ettirmeleriyle kazanıldığı bir yerde nail olunabilecek her şeydir. Kendisini mütemadiyen dış değişikliklere uyarlayan ve öngörülerin temelini sağlayan böyle bir toplu düzende sürekli kalabilecek şey, sadece, onun belirli unsurları değil, bir soyut ilişkiler sistemi olabilir. Bu demektir ki her değişiklik bazı beklentileri boşa çıkaracaktır, fakat beklentileri hayal kırıklığına uğratan bu gerçek değişiklik tekrar doğru beklentiler oluşturma şansının mümkün olduğu kadar büyük olacağı bir durum yaratacaktır.

Böyle bir durum, aşikârdır ki, yalnızca bütün beklentileri değil bazı beklentileri koruyarak elde edilebilir. Dolayısıyla merkezi problem genel olarak beklentilerin karşılanması ihtimalini maksimize etmek için hangi beklentilerin teminat altına alınması gerektiğidir. Bu, hukukun himaye etmesi gereken 'meşru' beklentiler ile hukukun boşa çıkartılmasına müsaade etmesi gereken diğer beklentiler arasında bir ayırım ima eder. Ve bu şekilde korunacak beklentiler silsilesini tanımlamanın ve bu münasebetle insanların eylemlerinin bir diğerinin amaçlarına karşılıklı müdahalesini azaltmanın şimdiye kadar keşfedilme yegâne yöntemi, üzerinde yalnızca belirli bireylerin tasarrufta bulunmaya müsaade edildiği ve bütün diğer kimselerin onları denetleme gücünden yoksun tutulduğu nesneler dizisini tayin etmek (veya, daha ziyade, kuralların somut olgulara uygulanması yoluyla tanınabilir kılmak) suretiyle her birey için bir müsaade edilmiş eylemler dizisini tefrik etmektir. Her bir bireyin içinde diğerlerinin müdahalelerine karşı teminat altına alınacağı eylemler dizisi, herkese eşit olarak uygulanabilir kurallarca, yalnızca eğer bu kurallar her bir bireyin kendi amaçları için hangi muayyen nesnelere hükmedebileceğim anlamayı mümkün kılarsa, belirlenebilir. Diğer bir ifadeyle, her an için her birinin korunan alanının sınırlarını anlamayı ve bu suretle meum ve tuum arasında ayırım yapmayı mümkün kılan kurallar gereklidir.

İyi çitler iyi komşular yapar ifadesinin, yani, insanların kendi bilgilerini kendi amaçlarının takibi için birbirleriyle çatışmaksızın yalnızca eğer onlara mahsus serbest hareket alanları arasında açık sınırlar çekilebilirse kullanılabileceklerinin anlaşılması, bütün bilinen medeniyetlerin üzerinde yükseldiği temeldir. Mülkiyet, sadece maddi şeyleri kapsama anlamında değil, fakat (John Locke'un onu tanımladığı gibi) her bireyin 'hayat, hürriyet ve menkul ve gayrimenkulünü' kapsayacak şekilde kullanılan geniş anlamında mülkiyet, bireysel hürriyet ile çatışmanın yokluğunu bağdaştırma probleminin halli için insanoğlunun şimdiye kadar keşfetmiş olduğu yegâne çözümdür. Hukuk, özgürlük ve mülkiyet ayrılmaz bir üçlüdür. Her bireyi nerede hareket etmeye serbest olduğunu öğrenmeye muktedir kılan kurallar koyarak özgürlük alanlarının sınırlarını belirleyen cihanşumül davranış kuralları koymayan hiçbir hukuk mevcut olamaz.

Uzun süre kendiliğinden doğru olan ve hiçbir kanıt gerektirmeyen bir gerçek olarak telâkki edilen bu husus, bu bölümün başına konmuş olan alıntının da göstermekte olduğu gibi, Milton[79] ve Hobbes'dan Mostesquieu ve Bentham'a[80] doğru liberal düşünce okulunun bütün kurucuları tarafından da. Kadîm Yunanlılar tarafından anlaşıldığı kadar açık bir şekilde davrandı ve yakın zamanlarda H.S.Maine[81] ve Lord Acton[82] tarafından yeniden vurgulandı. Sadece nispeten yakın zamanlarda, sosyalizmin kurucu yaklaşımı tarafından ve mülkiyetin tarihin geç bir safhasında 'icat edildiği' ve bu icattan önce bir ilkel komünizm durumunun mevcut olmuş olduğu şeklindeki hatalı fikrin etkisi altında ona itiraz edildi. Bu mit antropolojik araştırmalar tarafından tamamıyla yalanlanmıştır[83]. Mülkiyetin tanınmasının en iptidâi kültürlerin bile zuhurundan önce geldiği ve uygarlık diye adlandırdığımız her şeyin, bireylerin ve grupların korunan alanlarının tayin edilmesi suretiyle mümkün kılınan kendiliğinden doğan eylemler düzeni temeli üzerinde büyüyüp geliştiği hakkında, şimdi en küçük bir şüphe bile mevcut olamaz. Zamanımızın sosyalist düşüncesinin, bu feraseti, ideolojik olarak telkin edildiği şüphesi altına sokmayı başarmış olmasına rağmen, onun bu alanda ulaştığımız herhangi bir bilimsel gerçek kadar bilimsel bir hakikat olduğu tam olarak ispatlanmaktadır.

Daha fazla ilerlemeden önce, hukuk kuralları ile özel bireylerin mülkiyeti arasındaki ilişkiler hakkındaki ortak bir yanlış anlayıştan kendimizi

korumamız gereklidir. Âdil davranış kurallarının hedefinin her bireye onun hakkını tahsis etmek (suum cueque tribuere) olduğu şeklindeki klâsik formül, çoğu zaman, hukukun kendi kendine belirli bireylere belirli şeyler tahsis ettiği anlamında yorumlanır. O, kuşkusuz, böyle bir şey yapmaz, sadece, kendilerini kullanmak yoluyla belirli olgulardan hareketle belirli şeylerin kime ait olduğunu kavramamızın mümkün olduğu kurallar temin eder. Hukukun işi muayyen şeylerin kimlere ait olacağını belirlemek değildir, fakat yalnızca, bireylerin, bu kurallar tarafından çizilen hudutlar içinde yer alan, ama özgül muhtevaları diğer birçok şartlar tarafından belirlenen eylemleri tarafından tayin edilen alanlarının sınırlarım kavramayı mümkün kılmaktır. Klâsik formül, bazen yapıldığı gibi, 'dağıtımcı adalet' olarak adlandırılan şeyi ima ediyormuş veya onun nasıl meydana getirilmiş olduğu sorusu bir tarafa şeylerin âdil veya gayri âdil olarak tasvir edilebilecek bir durumunu veya bir dağıtımını hedefliyormuş gibi de yorumlanmamalıdır. Hukuk kurallarının hedefi, esas itibariyle, sınırlar çizerek, farklı bireylerin eylemlerinin birbirine müdahalesini mümkün olduğu kadar önlemektir. Hukuk kuralları, tek başına, farklı bireyler için sonucun ne olacağını belirleyemez ve bu sebeple farklı bireyler için sonucun ne olacağıyla ilgili olamaz.

Nitekim, ancak her bireyin korunan alanını tanımlamak suretiyledir ki, hukuk, kendisinin düzenlediği, 'diğerlerine yönelik eylemler'in neler olduğunu belirler ve böylece onun 'diğerlerine zarar veren' eylemleri genel olarak yasaklayışına bir tayini mümkün anlam verilir. Bireylerin devamlı değişen şartlarla ilgili kendi bilgilerini aynı derecede değişen kendi amaçlan için kullanmasına müsaade edilen bir toplumda ulaşılabilecek beklentilerin azami kesinliği, her bir kişiye bu şartlardan hangilerinin diğerleri tarafından değiştirilmemesi gerektiğini ve hangilerini onun kendisinin değiştirmemesi gerektiğini söyleyen kurallar tarafından sağlanır.

Bu sınırların kesin olarak nerede en etkili biçimde çizildiği sorusu, bütün nihai cevaplarını henüz tam olarak bulmuş olmadığımız, çok zor bir sorudur. Mülkiyet mefhumu muhakkak ki cennetten hazır yapım olarak düşmemiştir. Ne de her yerde bireysel alanı mülkiyet sahibini kararlarında bizim dilediğimiz bütün etkileri (ve yalnızca bu etkileri) hesaba katmaya zorlayacak şekilde sınırlamayı henüz başarmış durumdayız. Sınırlama prensiplerini geliştirme çabalarımızda mülkiyet müessesesi tarafından

idame ettirilen işleyen düzenin temeli olarak iş gören bir yerleşik kurallar sistemine güvenenleyiz. Çünkü sınırların çizilmesi anlamaya başlamakta olduğumuz bir fonksiyona hizmet eder, belirli durumlarda sınırın doğru yerde çizilip çizilmediğini veya değişen şartlar altında bir yerleşik kuralın hâlâ münasip olup olmadığını sormak anlamlıdır. Bununla beraber sınırın nerede çizilmesi gerektiği, genellikle, keyfi bir şekilde verilebilecek bir karar olmayacaktır. Eğer şartlardaki değişikliklerin bir sonucu olarak yeni problemler zuhur ederse, meselâ, geçmişte kimin kesin bir hakka sahip olduğuna ilişkin sorunun konuyla ilgisiz olduğu ve sonuç olarak hakkın ne talep edildiği ne de tayin edildiği sınırlama problemleri meydana çıkarsa, görev, peşinen öyle yaptıklarını kabul ettiğimiz diğer kurallar gibi aynı genel hedefe hizmet eden bir çözüm bulmak olacaktır. Mevcut sistemin rasyonalitesi, meselâ, elektrik gücünün, yerleşik kurallar mefhumu maddi nesnelerle tahdit ediyor olabilir ise de, açıkça mülkiyet mefhumunda kapsanmasını gerektirir. Bazen, elektromanyetik dalgaların durumunda olduğu gibi, hiçbir çeşit alansal sınır işleyen bir çözüm sağlamayacak ve bu gibi şeyler üzerinde nasıl kontrol tesis edileceğinin büsbütün yeni yollarının bulunması gerekebilecektir. Taşınabilir nesneler (hukukun 'menkul eşyaları') durumunda olduğu gibi, sadece, mülkiyet sahibinin mülkiyetiyle yaptığı şeyin sonuçlarının genel olarak yalnızca onu etkilediğinin ve başka hiç kimseyi etkilemediğinin aşağı yukarı doğru olduğu durumda, mal sahipliği nesneyi mal sahibinin istediği tarzda kullanma veya kötüye kullanma hakkını kapsayabilir. Fakat, yalnızca hem faydanın hem de zararın mülkiyet sahibinin alâkadar olduğu alanla tahdit edilmiş olduğu durumda, münhasır kontrol fikri probleme yeterli bir cevap sağlamaktadır. menkullerden, 'komşuluk etkileri'nin ve benzerlerinin münasip 'sınırlar' çizmeyi çok daha güç hale getirdiği gayrimenkullere döner dönmez durum çok farklı olmaktadır.

Bu mütalâalardan çıkan, âdil davranış kurallarının yalnızca adaletsizliği önlemek itibariyle, esasen negatif karakterli olmaları ve aynı derecede negatif olan uygunluk testinin tevarüs edilen hukuk heyetine tutarlı biçimde uygulanmasıyla geliştirilebilecekleri ve bu testin ısrarla tatbik edilmesi suretiyle, adalete, onu herhangi bir vakitte tam olarak gerçekleştirmeksizin, yaklaşmayı umabileceğimiz gibi belirli daha ileri neticeleri daha sonra başka bir çerçevede tahlil edeceğiz. O zaman bu problemler kompleksine

yargıç-yapımı hukukun mecburen sahip olduğu özellikler açısından değil, fakat özgürlük kanununun malik bulunmak zorunda bulunduğu ve bu sebeple tasarımlı kanun yapma sürecinde gözlenmesi gereken özellikler açısından göz atacağız.

Aynı şekilde, eşyaların ve hizmetlerin elde edilebilir toplamının azamileştirilmesi olarak adlandırılan şeyin, kanunun kolaylaştırmayı hedefleyebileceği her şey olan beklentilerin bu uyuşumunun son derece arzuya şayan fakat tesadüfi bir tali mahsulü olduğunun gösterilmesini de ilerideki bir bölüme bırakmalıyız. O zaman göreceğiz ki, yalnızca beklentilerin karşılıklı tekabülünün muhtemelen vuku bulacağı bir vaziyeti hedeflemek suretiyle, hukuk, maddi zenginliğimizi borçlu olduğumuz bir yoğun ve kendiliğinden oluşan işbölümüne dayanan düzeni üretmeye yardım edebilir.

Değerlerin olgular üzerindeki etkileri genel problemi

Âdil davranış kurallarının ehemmiyetinin, bu değerlerin gözlenmesinin belirli karmaşık olgusal yapıların oluşumuna yol vermesinden ve bu manada, önemli gerçeklerin bu olgusal sonuçların farkında olmak sayesinde benimsenmekte olmayan değerlerin hüküm sürmesine bağlı olmasından kaynaklandığını tekrar tekrar vurguladık. Bu ilişkinin değeri nadiren anlaşıldığından, onun önemiyle ilgili daha ileri bazı değerlendirmeler yapmak yerinde olacaktır.

İkide bir yüksekten bakılan şey şudur: Belirli değerlerin tutulmasından hasıl olan gerçekler, ayrı ayrı bireylerin eylemlerine rehberlik eden değerlerin bağlı olduğu gerçekler değildir, fakat çok sayıdaki bireylerin eylemlerini içeren, hareket eden bireylerin farkında bile olmayabileceği ve kesinlikle onların eylemlerinin amacı olmamış olan bir kalıptır. Lâkin, hiç kimsenin ulaşmayı amaçlamadığı, fakat mevcudiyeti diğer birçok hedeflerin başarılı biçimde takibinin şartı olarak kabul edilir hale gelecek olan bu doğmaktaki düzenin veya kalıbın muhafazası da, bu sefer, bir değer olarak telâkki edilecektir. Bu düzen bireysel davranışı idare eden kurallarla değil, fakat, kurallara riayetin hasıl edeceği, beklentilerin uyuşumuyla tanımlanacaktır. Fakat eğer böyle bir olgusal durum bir değer olarak mütalâa edilir hale gelirse, bu demek olacaktır ki, o değer, yalnızca eğer insanlar davranışlarında, diğer değerler, yani insanlara, onların fonksiyonlarının

farkında olmamaları yüzünden nihâi değerler olarak görünmesi gereken diğer değerler (davranış kuralları) tarafından rehberlik edilirlerse elde edilebilir. Hasıl olan düzen, bu sebeple, diğer değerlere riayet edilmesinin amaçlanmamış ve bilinmeyen bir ürünüdür.

Bunun bir sonucu şudur: Hüküm süren farklı değerler bazen bir diğeriyle çatışma içinde olabilir veya kabul edilmiş bir değer diğer bir değerin kabulünü gerektirebilir; onlar arasındaki herhangi bir mantıksal ilişkiden dolayı değil, fakat onların amacı değil, onlara elemde saygı gösterilmiş olmasının amaçlanmamış sonuçları olan gerçeklerden dolayı, nitekim, çok defa, hasıl ettikleri olgusal şartlardan dolayı birbirine bağlı (muhtaç) olan muhtelif farklı değerler buluruz; davranışı yapan bireylerin, yalnızca birini gözlersek diğerini de elde edebileceğimiz manasında, böyle bir karşılıklı bağımlılığın farkında olmayabilmesine rağmen. Böylelikle, medeniyet olarak telâkki ettiğimiz şey, farklı bireylerin muhtelif eylem planlarının çoğu durumlarda tatbik edilebilecek biçimde birbirine intibak ettirilmesi maddi şartına bağlı olabilir ve bu şart, kendi payına, yalnızca eğer bireyler özel mülkiyeti bir değer olarak kabul ederse yerine getirebilecektir. Bu tür bağlantılar, kurallar tarafından tanımlanan bireysel davranış düzenlilikleri ile belirli tür kurallara riayetten hasıl olacak toplu düzen arasında aşikâr biçimde ayırım yapma'yı öğrenmiş oluncaya kadar muhtemelen anlaşılmayacaktır.

Değerlerin burada oynadığı rolün kavranması çok defa 'alışkanlıklar' ve 'pratikler' gibi olgusal terimlerin 'değerler'in yerine konması suretiyle önlenmektedir. Mamafih, bir toplu düzenin teşekkülünün anlatılışında bireysel davranışa kılavuzluk yapan değerler mefhumunun yerini, uygun biçimde, bireylerin davranışındaki gözlenmiş düzenliliklerin bir ifadesi ile kaplamak mümkün değildir, çünkü biz gerçekte eyleme rehberlik eden değerleri bir gözlemlenebilir eylemler listesine tüketici biçimde indirgemeye muktedir değiliz. Bir değer tarafından yol gösterilmiş davranış, yalnızca biz o değerle tanışık olduğumuz için bizim tarafımızdan tanınabilir. Meselâ, 'bir başkasının mülkiyetine saygı gösterme alışkanlığı', yalnızca eğer biz mülkiyet kurallarını biliyorsak gözlenebilir ve mülkiyet kurallarım gözlemlenmiş davranıştan yeniden inşa edebilirsek de, yeniden inşa daima belirli bir davranışın tasvirinden daha fazlasını ihtiva edecektir.

Değerler ve olgular arasındaki karmaşık ilişkiler, yalnızca onları (sosyal yapılan) tertip eden bireylerin belli değerleri benimsememesi sayesinde var olan karmaşık sosyal yapılan inceleyen sosyal bilimci için mutat güçlükler yaratır. Sosyal bilimci üzerinde çalıştığı sosyal yapıyı olduğu gibi kabul ettiği sürece, aynı zamanda, zımmen, toplu yapının dayandığı değerlerin benimsenmeye devam edeceğini de farz eder. Bu, sosyal bilimci kendi toplumundan ziyade başka bir toplumu incelerse, önemsiz olabilir; incelediği toplum üyelerini ne etkilemek isteyen ne de onların kendisine söylediği şeye aldırış edeceğini uman sosyal antropologun durumunda olduğu gibi. Fakat, belirli bir toplum içindeki hedeflere nasıl ulaşılacağı konusunda fikri sorulan sosyal bilimci için durum farklıdır. Böyle bir düzenin tadiline veya iyileştirilmesine yönelik her (hangi bir) teklifte, o, söz konusu düzenin varlığı açısından vazgeçilmez olan değerleri kabul etmek mecburiyetinde olacaktır. Çünkü, hem düzenin bazı yönlerini iyileştirmeye çalışmak hem de aynı zamanda bütün düzenin dayandığı değerleri tahrip edecek yollar teklif etmek açıkça tutarsız olacaktır. Sosyal bilimci değerler ihtiva eden kaziyeler üzerinde fikir ileri sürmek zorunda kalacaktır ve fikir ileri sürerken bu gibi kaziyelerden yine değer kapsayan hükümlere varmasında hiçbir mantıki hata bulunmayacaktır.

Hukukun 'amacı'

Hukukun bir kendiliğinden doğan eylemler düzenine hizmet ettiği, veya onun için gerekli şart olduğu feraseti, hukuk felsefesi literatürünün ağırlıklı kısmında müphem bir şekilde mevcut ise de, bu düzenin sosyal teori, özellikle iktisat tarafından sağlanmış açıklanışı olmaksızın kesin biçimde formüle edilmesi çok güç olan bir mefhumdur. Hukukun bazı olgusal durumları hedeflediği, veya, bazı olgusal durumların yalnızca eğer bazı davranış kurallarına genel olarak itaat edilirse belireceği fikrini, özellikle yakın dönem bilim adamlarının 'şeylerin tabiatı' tarafından belirlenmiş hukuk kavramında, açıklanmış buluruz. Bu şimdiye kadar bahsetmiş olduğumuz gibi, hukukun 'empirik' veya 'tecrübi' bir bilim oluşu üzerinde ısrarın temelinde yatmaktadır. Fakat, özgül görünümü hiç kimsenin tahmin edemeyeceği ve hiç kimsenin kesin olarak tanımlayamayacağı özellikler tarafından belirlenen bir soyut düzeni bir gaye olarak tasavvur etmek çoğu insanların münasip bir rasyonel eylem hedefi olarak telâkki ettiği şeyle aşın bir uyuşmazlık içindeydi. Kalıcı bir soyut ilişkiler düzeninin veya devamlı

değişen muhtevaya sahip bir kozmos düzeninin muhafazası insanların umumiyetle tasarımlı eylemin amacı, hedefi veya sonucundan anladıkları şeye uymadı.

Şimdiye kadar, amaç kavramının olağan anlamında, yani bir belirli, önceden görülebilir olayın tahmininde, hukukun, gerçekten, herhangi bir amaca değil, değişik bireylerin sayısız farklı amaçlarına hizmet ettiğini gördük. O, yalnızca, bir bütün olarak hiç kimse tarafından bilinmeyen çok sayıdaki farklı amaçlar için araçlar sağlar. Bu sebeple, amacın mutat anlamında, hukuk herhangi bir amacın aracı değildir, fakat sadece çoğu amaçların başarıyla izlenmesinin bir şartıdır. O, bütün çok -amaçlı araçlar arasında, muhtemelen, lisandan sonra en çok sayıdaki farklı amaçlara hizmet eden ikinci araçtır. Hukuk, katiyetle, herhangi bir bilinen amaç için yapılmamıştır, fakat, daha doğrusu, ona göre hareket eden insanları kendilerinin amaçlarının takibinde daha etkili yapması sayesinde gelişmiştir.

Bazı bakımlardan 'düzen'in muhafazası için hukuk kurallarının gerekli olduğunun tam manasıyla farkında olmalarına rağmen, insanlar, bu düzeni kurallarıyla özdeşleştirmeye meyletmektedirler ve kuralların bir düzene başka bir yolla, yani farklı kişilerin eylemleri arasındaki bir tekabüliyeti istihsal etmek suretiyle hizmet ettiğinin farkına varmamaktadırlar.

Hukukun 'amacı' ile ilgili bu iki farklı fikir kendisini hukuk felsefesi tarihinde açıkça gösterir. Kant'ın âdil davranış kurallarının 'amaçsızlık' özelliği üzerindeki vurgulamasından, amacı hukukun merkezi özelliği olarak gören faydacılar Bentham ve Ihering'e, amaç kavramının belirsizliği daimi bir karışıklık kaynağı olmuştur. Eğer 'amaç' belirli eylemlerin önceden görülebilir somut sonuçlarına işaret ederse, Bentham'ın özelci (particularistic) faydacılığı kesinlikle yanlıştır. Eğer biz 'amaç' kavramında, bir soyut düzenin teşekkülüne yardımcı olacak, özgül içerikleri önceden sezilir durumların hedeflenmesini (arzu edilmesini) kapsarsak, Kant'ın 'amaç'ı reddi, sadece, bir kuralın belirli bir duruma tatbiki ile ilgili olduğu sürece haklıdır, fakat, kesin olarak, bir bütün olarak kurallar sistemi için değil. Böyle bir karışıklıktan, daha sonraki yazarları, David Hume'un bir bütün olarak hukuk sisteminin özgül sonuçlardan bağımsız fonksiyonu üzerindeki vurgusu korumuş olmalıdır. Esas feraset Hume'un şu gerçek

üzerindeki vurgusunda bütünüyle kapsanmaktadır: 'Fayda... bütün plandan veya sistemden... yalnızca, genel kuralın herhangi bir muayyen durumda...; bu kanunların belirlenmesinden çıkabilecek herhangi bir özgül sonucu göz önünde tutmaksızın gözlenmesinden zuhur eder'.

Yalnızca, eylemler düzeninin, kendisinin teşekkülüne katkıda bulunan kurallardan farklı bir olgusal ilişkiler durumu olduğu açıkça kabul edilirse, böyle bir soyut düzenin davranış kurallarının gayesi olabileceği anlaşılabilir. Dolayısıyla, bu ilişkinin kavranması hukukun anlaşılmasının gerekli şartıdır. Fakat, bu ilişkiyi açıklama görevi, modern zamanlarda, hukuk incelemelerinden tamamıyla farklı ve genelde hukukçular tarafından iktisat teorisi uzmanlarının hukuku kavrayışı kadar az kavranmış olan bir disipline bırakılmıştır. Piyasanın kendiliğinden doğan bir düzen istihsal ettiğinin ekonomistler tarafından gösterilmesi, çoğu hukukçular tarafından şüpheyle karşılanmış ve hatta bir mit olarak telâkki edilmiştir. Piyasa düzeninin mevcudiyeti bugün diğerleri tarafından olduğu kadar sosyalist iktisatçılar tarafından da kabul ediliyor ise de, kurucu rasyonalistlerin ekserisinin böyle bir düzenin mevcudiyetini itiraf etmemekte direnmesi, profesyonel iktisatçı olmayan çoğu kişileri hukuk ile insan davranışlarının düzeni arasındaki ilişkiyi büsbütün kavramakta esas olan kavrama kabiliyetine kavuşma imkânından yoksun bırakmaktadır. Müstehzilerin hâlâ 'görünmez el' diye alay ettikleri şeyi kavrama kabiliyeti olmaksızın, âdil davranış kurallarının işlevi gerçekten anlaşılamaz ve hukukçular nadiren bu kavrama kabiliyetine sahiptir. Bereket versin, bu gündelik vazifelerinin yerine getirilmesi için gerekli değildir. Yalnız hukuk felsefesinde, yargı ve yasama faaliyetlerine kılavuzluk yaptığı sürece, hukukun işlevinin bu şekilde idrakinin eksikliği önemli olmuştur. Hukuk felsefesi, hukukun, organizasyonun belli amaçlar için bir araç olduğu yolundaki, hâlâ da benimsenen, bir yoruma ulaşmıştır. Bu yorum şüphesiz bir tür hukuk için, yani kamu hukuku için, doğru, fakat nomos veya hukukçunun hukuku bakımından tamamen yanlıştır ve bu yorumun galebesi özgür bir toplumun kendiliğinden doğan düzeninin gittikçe artan ölçüde totaliter bir düzenin organizasyonuna dönüşmesinin başlıca sebeplerinden biridir.

Bu talihsiz durum, hiçbir şekilde, hukukun, iktisat ilminin tersine, bazı hukukçular indinde pek popüler olmuş plan sosyoloji ile çağdaş ittifakı tarafından tamir edilmemiştir. Çünkü bu ittifakın etkisi, hukukçunun

dikkatini hukuk kuralları ile toplu düzen arasındaki ilişkilerden ziyade belirli tedbirlerin özgül neticelerine yöneltmek olmuştur. Sosyolojinin tasviri dallarında değil, fakat yalnız cemiyetin toplu düzeni teorisinde, hukuk ile sosyal düzen arasındaki ilişkiler hakkında bir kavrayış bulunabilir. Ve bilim hukukçular tarafından toplumun toplu düzeninin anlaşılmasından ziyade muayyen olguların tahkik ve tayin edilmesi manasına gelmekteymiş şeklinde anlaşıldığından hukuk ve sosyal bilimler arasında işbirliği yapılması yolundaki sık sık tekrarlanan talepler şimdiye kadar fazla meyve vermemiştir. Tasviri sosyolojik çalışmalardan bazı muayyen olgularla ilgili bilgi devşirmek yeterince kolay iken, âdil davranış kurallarının -hizmet ettiği toplu düzeninin idrak edilmesi karmaşık bir teoride bir günde elde edilemeyecek bir hakimiyet gerektirir. Sosyolojinin vaat ettiği gibi, sınırlı grupların gözlenmesinden çıkarılmış bir tümevarımsal genellemeler heyeti olarak tasavvur edilmiş sosyal bilim, gerçekten hukukun işlevinin kavranmasına yardımcı olacak pek az unsura sahiptir.

Bunu söylemek, toplumun âdil davranış kurallarının hizmet ettiği toplu düzeninin münhasıran iktisat ilminin konusu olduğunu ileri sürmek değildir. Fakat şimdiye kadar sadece ekonomi bu gibi kendiliğinden doğan soyut düzenlerle meşgul olmaya uygun ve yalnız şimdi yavaş yavaş ve tedrici biçimde piyasadan başka düzenlere uygulanmakta olan bir teorik teknik geliştirmiştir. Keza, piyasa düzeni, muhtemelen, insan toplumunun her alanına yayılan yegâne kapsayıcı düzendir.

Hukukun ifade edilmesi ve yargısal kararların öngörülebilirliği

Yargıcın muhafaza etmesi beklenen düzen, şeylerin belirli bir durumunun değil, fakat faaliyet halindeki bireylerin bazı beklentilerinin diğerlerinin müdahalesinden korunuyor olmasına dayanan bir sürecin düzenliliğidir. Yargıcın genellikle insanların âdil olarak telâkki ettiği şeye tekabül edecek tarzda karar vermesi beklenir, fakat o bazen prima facie âdil olarak görünen şeyin, meşru beklentileri hayal kırıklığına uğratması yüzünden, âdil olmayabildiğine karar vermek zorunda olabilir. Burada o hükümlerini, münhasıran, ifade edilmiş kaziyelerden değil, bir mevcut faaliyet düzeninin icaplarına dayanan, aynı zamanda onun kabul etmesi gereken bütün kuralların rasyonalitesinin tasarlanmamış sonucu olan, bir tür 'durumsal

mantık'tan çekmek mecburiyetindedir. Yargıç, başlama noktası halihazırda yerleşik olan kurallara dayalı beklentiler olacakken, çoğu defa, aynı derecede iyi niyetle benimsenen ve kabul edilen, kurallar tarafından eşit derecede tasvip edilmiş çatışma halindeki beklentilerden hangilerinin meşru telâkki edileceğine karar vermek mecburiyetinde olacaktır. Tecrübe çoğu zaman kanıtlayacaktır ki, yeni durumlarda, kabul edilir hale gelmiş kurallar çatışan beklentilere yol verecektir. Ancak, bu gibi durumlarda ona yol gösterecek hiçbir bilinen kural olmayacak olmasına rağmen, yargıç yine de istediği tarzda karar vermekte serbest olmayacaktır. Karar, kabul edilmiş kurallardan mantıki olarak istidlâl edilemezse dahi, yine de, mevcut yerleşik kurallar heyetiyle, bu kuralların hizmet ettiği düzenin aynısına hizmet etme anlamında, tutarlı elmalıdır. Eğer yargıç bir davacının bir kuralın, o kural yaygın biçimde kabul edilmiş ve hatta, ifade edildiyse, cihanşumül olarak tasdik edilmiş olsa da, kendisinin beklentilerini şekillendirmekte yanlış olduğunu düşündüğünü görürse, bu yargıcın, o kuralın bazı durumlarda diğer kurallara dayanan beklentilerle çatıştığını keşfetmesi sayesinde olacaktır. 'Biz hepimiz bunun âdil bir kural olduğunu düşünmüştük, fakat şimdi gayri âdil olduğu ortaya çıkmaktadır' ifadesi, içinde, bizim bir kuralın âdilliği veya gayri âdilliği mefhumumuzun, sadece bir 'kanaat' veya 'hissediş' meselesinden ibaret olmadığının, fakat bağlı olduğumuz bir var olan düzenin - yeni durumlarda yalnızca eğer eski kurallar tadil edilirse veya yeni bir kural ilâve edilirse muhafaza edilebilecek bir düzenin-icaplarına bağlı olduğunun apaşikâr ortaya çıktığı bir tecrübeyi tasvir eden anlamlı bir ifadedir. Böyle bir durumda davacıların güvendiği kuralların birinin veya hatta her ikisinin tadil edilmesinin gerekecek olmasının sebebi, onların belirli bir durumda uygulanmasının meşakkat doğurması veya belirli bir durumda uygulanmasının meşakkat doğurması veya belirli bir durumda başka bir sonucun daha arzuya şayan olması değildir, fakat kuralların çatışmaları önlemeye yetersiz olduğunun ispatlanmasıdır.

Eğer yargıç burada şimdiye kadar ifade edilmiş kurallardan mantıki olarak istidlâl edilebilecek kararlarla tahdit edilirse, çoğu zaman bir davada bütün kurallar sisteminin hizmet ettiği fonksiyona uygun bir tarzda karar vermeye muktedir olmayacaktır. Bu, çok tartışılan bir konuya, bütün hukuk kurallarının yazılı veya kodifiye edilmiş hale getirildiği ve yargıcın yazılı hukuk haline gelmiş kuralları uygulamayla sınırlandırıldığı bir sistemde

hukukun kesinliğinin daha güçlü olduğu faraziyesi üzerine önemli ışık saçmaktadır. Tüm kodifikasyon hareketine Modifikasyonun yargı kararlarının öngörülebilirliğini artırdığı inancı tarafından rehberlik edilmiştir. Benim kendi durumumda, Common Law dünyasındaki otuz tuhaf yıla sığan tecrübe dahi bu derinlemesine kök salmış peşin hükümü tashih etmeye yetmedi ve ancak bir sivil hukuk atmosferine dönüşüm beni bu peşin hükümü ciddi şekilde sorgulamaya sürükledi. Yasama faaliyeti belirli bazı noktalarda hukukun kesinliğini mutlak olarak artırabilir ise de, bu avantajın, eğer onun kabulü yalnızca bu şekilde kanunlarla ifade edilmiş şeyin yasa gücüne sahip olması gerektiği şartına yol verirse, zararlı sonuçlar çıkarsanmasına yol açabileceğine kaniyim. Bana öyle görünüyor ki, eğer yargıç da neyin âdil olduğu hakkındaki genel görüşlerle bağlıysa, bu görüşler yazılı hukuk metni tarafından desteklenmediği zaman bile, yargı kararları, gerçekte, yargıcın kararlarını yalnızca yazılı hukukta ifadesini bulan kabul edilmiş inançlardan çıkarmayla sınırlandırıldığı zamankinden daha fazla öngörülebilir olabilir.

Yargıcın, kararlarına, münhasıran, açık kaziyelerden mantıksal istidlâl usuluyle varabileceği veya varmak mecburiyetinde olduğu fikri daima bir hayal olmuştur, hayal olmalıdır. Çünkü gerçekte yargıç asla bu yolla ilerlemez. Haklı olarak söylenildiği üzere, yargıcın terbiye edilmiş sezgisi, devamlı olarak, onu doğru sonuçlara, kendileri için cerhedilemez hukuki sebepler vermeye şaşırdığı doğru sonuçlara götürür. Diğer görüş bütün kuralların taammüden yapılmış olduğunu düşünen ve bu sebeple onları etraflı biçimde ifade edilme kapasitesine sahip sayan kurucu rasyonalizmin karakteristik bir ürünüdür. Bu, dikkate almaya değer (önemli) biçimde, yalnız on sekizinci asırda ve yargıcın gücünü su götürmez biçimde hukuk olarak ifade edilmiş olanla sınırlama meşru talebinin hakim olduğu ceza hukuku[84] münasebetiyle meydana çıkar. Fakat Beccaria'nın bu fikri ifade ettiği Nulla poena sine lege formülü dahi, eğer 'hukuk' ile, bağlayıcı karakteri kelimelerle ifade edilirse derhal genel olarak tanınacak kurallar değil, yalnız bir kanun koyucu tarafından ilan edilen yazılı kurallar kastedilirse, kanun hakimiyetinin zorunlu parçası değildir. Karakteristik olarak İngiliz Common Law'u ilkeyi ikinci anlamında her zamanda kabul etmiş ise de, ilk anlamında asla kabul etmemiştir. Burada, hiçbir zaman kelimelerle ifade edilmiş olmamasına rağmen, herkesin gözlemeye

muktedir olduğunun farz edildiği bir kuralın mevcut olabileceği yolundaki eski kanaat hukukun bir parçası olarak bugüne kadar gelmiştir.

Mamafih, hedefin, esas itibariyle, sanığı korumak ve masumun cezalandırılmasındansa suçlunun kurtulmasına (cezasız kalmasına) müsaade etmek olduğu cezai meselelerde, yargıcı yazılı hukukun uygulanmasına bağlamanın arzu edilirliği (istenilirliği) hakkında her ne hissedilebilirse edilsin, yargıcın taraflar arasında eşit adâleti hedeflemesi gereken pek az dava vardır. Burada, yargıcın kararını münhasıran yazılı hukuktan çıkarması, en fazlasından, yazısız ilkelere müracaat suretiyle aşikâr boşlukları doldurması gereği, hukukun kesinliğini büyütmekten ziyade azaltacaktır. Bana öyle görünüyor ki, yargı kararlarının kamuoyunu şok ettiği ve genel beklentilerin tersine olduğu çoğu durumlarda, böyle olması, yargıcın yazılı hukukun lâfzına yapışmak mecburiyetinde olduğunu hissetmesi ve (içinde) yalnız o hukukun aşikâr beyanlarının kaziyeler olarak hizmet edebileceği mantıki kıyasın sonucundan ayrılmaya cesaret edememesi yüzündendir. Sınırlı sayıdaki ifade edilmiş kaziyelerden mantıki istidlal daima hukukun 'ruhu'ndan ziyade 'lafzı'nı izleme anlamına gelmektedir. Fakat, herkesin, daha önceden görülmemiş olgusal bir durumda, halihazırda ifade edilmiş bulunan temel ilkelerin beyanlarının uygulanmasından çıkacak sonuçlan önceden görmeye muktedir olması gerektiği inancı açıkça bir hayaldir. Hiçbir hukuk kodunun boşluksuz olamayacağı, şimdi, muhtemelen, genel olarak kabul edilmektedir. Bundan çıkarılacak netice, yalnızca, yargıcın böyle boşlukları henüz ifade edilmemiş ilkelere başvurarak doldurması gerektiği olmayacak, fakat, aynı zamanda, ifade edilmiş kurallar müphem olmayan (kesin) bir cevap verir göründüğü zaman dahi, eğer bu kurallar genel adâlet duygusu ile çatışma halindeyse, yargıcın, kararlarını, bu kararlan tadil etmesini haklılaştıran ve ifade edildikleri zaman muhtemelen genel bir rıza gösterilecek olan bazı yazılı olmayan kurallar bulabildiği zaman tadil etmekte serbest olması gerektiği olacaktır.

Bu çerçevede Locke'un hür bir toplumda bütün hukukun önceden 'ilan edilmesi' veya 'duyurulması' gerektiği fikri dahi bütün hukukun tasarlanarak yapılmış olduğu yolundaki kurucu fikrin bir ürünü olarak görünecektir. Yargıcı şimdiye kadar ifade edilmiş kuralların uygulanmasıyla sınırlayarak onun kararlarının önceden görülebilirliğini artıracağımız izlenimi yanlıştır.

Önceden ilân edilmiş veya duyurulmuş olan şey, çoğu defa, insanların davranışta kelimelerle ifadede olduğundan daha iyi saygı gösterebileceği kuralların yalnızca çok eksik bir formülasyonu olacaktır. Yalnızca, bütün hukukun, işlemekte olan bir düzenin zaruretlerinin gerektirdiği ilkelerin bir ifadesi olmaktan ziyade, bir kanun koyucunun iradesinin bir ifadesi olduğuna ve onun tarafından yaratıldığına inanılırsa, önceden ilân hukuk bilgisinin vazgeçilmez bir şartı olarak görünür. Gerçekten, muhtemeldir ki, yargıçlar tarafından hukuku geliştirmek için harcanan pek az gayret, diğer kimselerce, onlar bu gayretlerde bir anlamda o ana kadar 'bildikleri' şeyi ifade edilmiş bulmadıkları takdirde, kabul edilir hale gelecektir.

Yargıcın işlevi kendiliğinden doğan bir düzenle sınırlıdır

Yargıçların, belirli davalarla ilgili kararlan yoluyla, tedricen, verimli bir faaliyet düzeni hasıl etmeye yardımcı bir davranış kuralları sistemine yaklaştıkları fikri, bunun, gerçekte, esas itibariyle, bütün entelektüel evrimin ilerleyiş sürecinin aynısı olduğu kavranırsa daha kolay anlaşılır. Diğer bütün sahalarda olduğu gibi burada da ilerleme bir mevcut düşünce sistemi çerçevesinde hareket etmemizle ve bir parça parça düzelticilik veya 'özünde mevcut eleştiri' süreciyle, bütünü, hem kuralların tatbik edildiği olgularla hem de onlarla olduğu kadar içsel olarak da daha tutarlı hale getirmeye çabalayarak elde edilir. Bu 'özünde mevcut eleştiri', düşüncenin evriminin esas aracıdır ve bu sürecin anlaşılması, kurucu (veya saf) rasyonalizmin değil, evrimci (veya tenkitçi) rasyonalizmin asli hedefidir.

Başka bir deyişle, yargıç, hiç kimsenin dizayn etmediği bir işleyen düzene, kendi kendisini otoritenin bilgisi olmaksızın ve çoğu defa otoritenin iradesine karşı kurmuş olan; herhangi bir kimsenin tesis edebileceği tasarımlı organizasyonun menzilinin ötesine yayılan; bireylerin herhangi bir kimsenin isteğini yapmasına değil, fakat onların beklentilerinin karşılıklı olarak uyumlulaşmış olmasına dayanan bir düzene hizmet eder veya bu düzeni muhafaza etmeye ve geliştirmeye çabalar. Yargıcın müdahalesinin istenecek olmasının sebebi, beklentilerin bu şekilde uyuşmasını sağlayan kurallara her zaman riayet edilmemesi, veya onların yeterince açık olmaması, veya riayet edilseler bile söz konusu kuralların çatışmaları önlemeye elverişli olmamasıdır. Yerleşik kuralların yeterli olmadığı durumlar devamlı ortaya çıkacağından, müsaade edilen eylemler silsilesini

münasip biçimde sınırlayarak çatışmayı önleme ve eylemlerin birbirleriyle uyumluluğunu güçlendirme görevi, sadece şimdiye kadar yerleşmiş kuralların tatbik edilmesini değil, fakat aynı zamanda eylemler düzeninin muhafazası için lüzumlu yeni kuralların formüle edilmesini gerektiren, asla-sona-ermeyecek bir görevdir. Daha önceki kararların ratio decidendi'sinden damıtmak mecburiyetinde olacakları 'ilkeler'in uygulanması suretiyle yeni problemlerle mücadele etme ve bu iptidai kuralları yeni durumlarda arzulanan sonucu hasıl edecekleri şekilde geliştirme gayretlerinde, ne yargıçların ne de ilgili tarafların, hasıl olan toplu düzeninin mahiyeti veya kuralların hizmet ettiği herhangi bir 'toplum menfaati' hakkında, kuralların bireylere geniş bir durumlar (şartlar) yelpazesinde başarılı şekilde beklentiler oluşturmakta yardım etmeyi murat ettiği gerçeğinin ötesinde, herhangi bir şey bilmeleri gereklidir.

Yargıcın gayretleri toplumun yeni durumlara uyumu sürecinin parçasıdır, kendiliğinden doğan düzen bu süreç vasıtasıyla gelişir. Yargıç, geçmişte iyi işlemiş kurallar gibi, beklentilerin birbiriyle çatışmamasını, aksine uyuşmasını daha muhtemel kılacak kuralları muhafaza ederek, seleksiyon sürecine yardımcı olur. Böylece o bu düzenin bir organı haline gelir. Fakat, bu fonksiyonun ifası esnasında yeni kurallar yarattığı /aman bile, o yeni bir düzenin yaratıcısı değildir, mevcut olan bir düzeni muhafaza etmeye ve iyileştirmeye gayret eden bir hizmetçidir ve onun gayretlerinin neticesi 'insan dizaynının değil, fakat insan davranışının mahsulleri' cinsine giren şeylerin -ki bunlarda nesillerin deneyimleriyle kazanılan tecrübe herhangi bir kimse tarafından sahip olunmuş olan bilgiden çok daha fazla bilgiyi tecessüm ettirmektedir- karakteristik bir örneği olacaktır.

Yargıç yanılabilir, mevcut düzenin rasyonalitesinin gerektirdiği şeyi keşfetmekte başarılı olmayabilir, veya, görülmekte olan davanın belirli bir sonuca ulaşması için yaptığı kişisel tercih tarafından yanlış sonuca götürülebilir. Fakat, bütün bunlar, onun, çözmek üzere, çoğu durumlarda, yalnızca bir tek doğru çözümü olacak bir probleminin mevcut olduğu ve çözüm bulma görevinin kendi 'iradesinin veya hissi duyarlılığının hiç yerinin bulunmadığı bir görev teşkil ettiği gerçeğini değiştirmez. Eğer sık sık, muhakemesinden ziyade 'sezgisi' onu doğru çözüme götürürse, sonucu belirlemekteki kati faktörler rasyonel olmaktan ziyade duygusaldır, ama normal olarak, sezgisel biçimde ancak daha sonra test edebileceği doğru

hipoteze yönlendirilen bilim adamının durumunda olduğundan daha fazla duygusal değildir. Diğer çoğu entelektüel görevler gibi, yargıcın görevi de sınırlı sayıdaki kaziyelerden mantıksal çıkarsama yapmak değildir, sadece, kısmen bilinçli süreçlerle vardığı hipotezleri test etme görevidir. Fakat, onu evvel emirde belirli bir kararın doğru olduğunu düşünmeye sürükleyen şeyi bilmeyebilmesine rağmen, kararını, yalnızca eğer o karara karşı ortaya konabilecek bütün itirazlara karşı rasyonel biçimde müdafaa edebilirse, terk etmemelidir.

Eğer yargıç işlemekte olan bir eylem düzenini muhafaza etme ve iyileştirme görevine bağlı ise ve standartlarını bu düzenden almalı ise, bu demek değildir ki onun amacı belirli insanlar arasındaki ilişkilerde herhangi bir status quo'yu korumaktır. Tersine onun hizmet ettiği düzenin elzem özelliği, sadece ayrıntılardaki devamlı değişiklikler suretiyle muhafaza edilebilmesidir. Ve yargıç sadece ayrıntılar değişirken muhafaza edilmesi gereken soyut ilişkilerle ilgilidir. Böyle bir soyut ilişkiler sistemi belirli elementleri bağlayan daimi bir ağ değildir, fakat sürekli-değişen bir özgül muhtevaya sahip bir ağdır. Var olan bir konumun yargıca çoğu zaman bir hak hükmü sağlayacak olmasına rağmen onun görevi mevcut konumlan korumak olduğu kadar onların değişmesine de yardımcı olmaktır. O, belirli insanların konumlarındaki sürekli değişiklikler suretiyle idame ettirilebilecek dinamik bir düzenle ilgilidir.

Lâkin, belirli bir status quo’nun bozulmasını önlemeye bağlı olmamasına rağmen» yargıç, var olan düzenin dayandığı prensipleri koruma göreviyle yükümlüdür. Onun görevi, gerçekten, piyasanın hasıl ettiği düzen gibi soyut ve kendiliğinden doğan bir faaliyet düzeni çerçevesinde anlama sahip olan bir görevdir. Bu sebeple, bireysel davranış kuralları tarafından değil, fakat otoritenin özgül amaçlan tarafından belirlenmiş hiçbir düzene hizmet edemeyeceği anlamında, yargıç muhafazakar olmalıdır. Bir yargıç özgül kişilerin yahut grupların ihtiyaçlarıyla veya 'devletin gereklilikleri' ya da 'hükümetin isteği' ile, veya bir eylemler düzeninin hizmet etmesi beklenen türden muayyen amaçlarla ilgili olamaz. Bünyesinde bireysel eylemlerin organizasyonunun hedeflediği belirli gayelere yararlılıklarına göre değerlendirilmesi gereken herhangi bir organizasyon içinde, yargıca yer yoktur. Sosyalist düzen gibi, bireysel davranışları yönetebilecek hiçbir kuralın belirli sonuçlardan bağımsız olmadığı bir düzende, bu gibi kurallar,

önemleriyle ilgili görüşlerden etkilenmiş belirli çıkarların dengelenmesini gerektirecek olmaları yüzden, 'sorgulanabilir' olmayacaklardır. Sosyalizm, gerçekten, genel olarak, sadece bireysel davranışların amaç-bağımsız kurallara uygunluğunu nazarı itibara alan ve bu kuralların belirli durumlarda uygulanmasının sonuçlarıyla ilgili olmayan tarafsız adalete karşı bir isyandır. Nitekim, sosyalist bir yargıç sözü, sözüm ona yargıcın inancının onu yalnızca kendiliğinden doğan bir düzenin temelinde yatan genel prensipleri uygulamaktan alıkoyması gerekeceği ve onu bireysel davranış adaleti ile hiç münasebeti olmayan mülâhazaları dikkate almaya sürüklemeyeceği için, kavramlarda bir çelişki olacaktır. O, şüphesiz, şahsi olarak bir sosyalist olabilir ve kendi sosyalizmini kararlarını belirleyen mütalâaların dışında tutabilir. Fakat sosyalist ilkelere dayanmak suretiyle bir yargıç hüviyetinde davranamaz. Daha ileride, bu hususun, uzun süre, yargıca âdil bireysel davranış ilkelerine dayanarak hareket etmesi yerine, 'sosyal adalet'-kesin olarak, belirli kişiler veya gruplar için, kendiliğinden doğan bir düzen içinde gerçekleşmesi imkânsız olan belirli sonuçların hedeflenmesini tasvir eden bir ifade- diye adlandırılan şey tarafından yol gösterilebileceği inancı tarafından gizlenmiş olduğunu göreceğiz.

Özel mülkiyet sistemine yönelik sosyalist saldırılar, yargıcın özel mülkiyet sistemi çerçevesinde koruması gereken düzenin belirli çıkarlara hizmet eden bir sistem olduğu yolunda yaygın bir inanç yaratmıştır. Fakat bireysel mülkiyet sisteminin haklılık sebebi mülkiyet sahiplerinin çıkan değildir. O şu anda mülkiyet sahibi olanların çıkarına olduğu kadar mülkiyet sahibi olmayanların çıkarına da hizmet etmektedir, çünkü çağdaş medeniyetin dayandığı bütün eylem düzeninin gelişmesi sadece mülkiyet müessesesi tarafından mümkün kılınmıştır.

Birçok insanın, yargıçları, belirli çıkarlara hizmet etmesi niyetlenmemiş, var olan ve fakat daima eksik bir soyut düzene hizmet etmekte bulunan kişiler olarak düşünme konusunda çektiği sıkıntı, yalnız düzenin bu soyut özelliklerinin önceden görülemeyecek istikbal şartlarında bireylerin kararlarının temeli olarak hizmet görebileceğini ve bu sebeple sadece onların dayanıklı bir düzeni tayin edebileceğini ve bundan dolayı yalnız onların Büyük Toplum'un spesifik ortak amaçlan izlemeyen fakat sırf kendilerine mahsus bireysel amaçlarının izlenmesi için uygun araçlar isteyen üyelerinin hakiki bu ortak çıkarını teşkil edebileceğini

hatırladığımız zaman halledilir. Yargıcın kanun yaratmakta ilgili olabileceği şey, bu nedenle, yalnızca, ona verili olan ve kendisini ayrıntılar arasındaki ilişkiler arasındaki belirli ilişkiler (veya daha yüksek bir düzenin ilişkileri) korunurken, ayrıntılar arasındaki ilişkideki değişiklikler yoluyla idame ettiren bir faaliyet düzeninin soyut ve sürekli olan özelliklerinin iyileştirilmesidir. 'Soyut' ve 'sürekli', bu çerçevede, aşağı yukarı aynı şeyi kast etmektedir; nazarı itibara alması gereken uzun dönemli manzarada, yargıç, koyduğu kuralların etkisini, yalnızca, gelecekte bir zamanda vuku bulabilecek bilinmeyen sayıdaki müstakbel misalde değerlendirebilir.

Sonuçlar

Bu bölümün sonuçlarını, zorunlu olarak yargısal süreç içinde ortaya çıkan hukuka ait olacak özelliklerin aşağıdaki tasviriyle özetleyebiliriz: Bu hukuk kişilerin diğer kişilere yönelik davranışını düzenleyen, bilinmeyen sayıdaki müstakbel durumlara uygulanabilir olan ve her bir kişinin (veya kişilerin organize gruplarının) korunan alanının hudutlarını sınırlayan yasaklar ihtiva eden kurallardan mürekkep olacaktır. Bu tür her kural, (insanların) diğer kurallarla karşılıklı etkileşimini daha iyi kavrama çabası esnasında ıslaha konu olmakla beraber, niyet itibariyle, süreklilik özelliğini taşıyacaktır. Ve yalnız bir karşılıklı olarak tadil edici kurallar sisteminin parçası olarak geçerli (cari) olacaktır. Bu kurallar, kendilerinin hedeflenen bir soyut faaliyet düzeninin oluşumunu sağlama bağlama amaçlanmış sonucuna, belirli durumda uygulanmalarının bir bütün olarak kurallar sisteminin amacından farklı spesifik bir amaca sahip olduğu söylenemezken, yalnızca evrensel tatbikleri yoluyla ulaşacaklardır.

Bu âdil davranış kuralları sisteminin adaletin negatif testinin sistematik biçimde uygulanması ve bu testi geçmeyen kuralların elenmesi suretiyle geliştirilme tarzını 2. cilt 8. bölümde daha ayrıntılı olarak ele alacağız. Mamafih, bizim bundan sonraki görevimiz bu gibi âdil davranış kurallarının neyi elde edemeyeceğini ve amaçlar veya organizasyon için gerekli kuralların hangi bakımlardan onlardan farklı olduklarını değerlendirmek olacaktır. Bir yasama meclisi tarafından hükümet teşkilâtı için tasarlanmış biçimde konulması gereken ve mevcut yasama meclislerinin esas meşgalesini teşkil eden bu ikinci tür kuralların, tabiatları icabı, yargıcın

kanun-yapma gücüne rehberlik eden ve bu gücü tahdit eden mülâhazalar tarafından sınırlanamayacağını göreceğiz.

Nihai tahlilde, bu bölümde mütalâa edilen yargısal faaliyetlerden, nomos'tan veya özgürlük kanunundan çıkan âdil davranış kuralları ile, bir otorite tarafından konulan, bundan sonraki bölümde değerlendireceğimiz organizasyon kuralları arasındaki fark, İkincisi spesifik amaçlara hizmet eden bir organizasyonun taammüden inşa edilmesine hizmet ederken, birincisinin insan yapımı olmayan bir kendiliğinden doğan düzenin şartlarından kaynaklaması gerçeğinde yatmaktadır. Âdil davranış kuralları, ya yalnızca şimdiye kadar gözlenmiş pratikleri ifade etme anlamında, veya, eğer onlara dayanan düzen pürüzsüzce ve verimli biçimde işleyecekse, zaten yerleşik olan kuralların gerekli tamamlayıcıları (türevleri) olarak bulunmaları anlamında keşfedilirler. Eğer kendiliğinden doğan bir eylemler düzeninin mevcudiyeti yargıçları onlara mahsus görevlerine tayin etmeseydi, bu kurallar asla keşfedilmiş olmayacaklardı. Bu sebeple, onlar, haklı olarak, belirli sonuçlan hedefleyen organizasyon kuralları organizatörün tasarlayıcı aklının özgür (serbest) icatları olacakken, bir muayyen insan iradesinden (isteğinden) bağımsız biçimde mevcut bir şey olarak mütalâa edilirler.

Altıncı Bölüm: THESIS: TEŞRİİ KANUN

Yargıç kendisini tutarlılık standartlarına, denkliğe, öngörülebilirliğe adil kanun yapıcılığına, sosyal yarara ve insaflı dağıtıma yöneltir.

Paul A. Freund[85]

Yasama faaliyeti organizasyon kuralları tesis etme gereğinden türemektedir

Siyasal teoride kanun yapmak geleneksel olarak yasama organlarının ana fonksiyonu biçiminde takdim edilmekte ise de, yasama organlarının menşeinin ve ana işinin, bundan önceki bölümde ele aldığımız dar anlamdaki hukuk ile pek az münasebeti vardır. Bu, Parlamentoların Anası için özellikle doğrudur: İngiliz yasama organı, başka herhangi bir ülkeden daha uzun süre âdil davranış kurallarının, Common Law'un, siyasal otoriteden bağımsız olarak mevcut olduğuna inanılan bir ülkede doğdu. On yedinci yüzyıl kadar yakın bir tarihe dek, parlamentonun Common Law ile telif edilemez kanunlar yapıp yapamayacağı sorgulanabilirdi[86]. Yasama organları olarak adlandırdığımız şeylerin esas işi, daima, hükümetin düzenlenmesi ve kontrolü[87], yani, bir organizasyonun -hedeflerinden biri, yalnızca, âdil davranış kurallarına itaat edildiğini görmek olmuş olan bir organizasyonun-idaresi olmuştur.

Şimdiye kadar görmüş olduğumuz gibi, âdil davranış kurallarının, insanların onları geliştirmeyi veya değiştirmeyi tedricen öğrenmiş olmasına rağmen, tasarımlanmış biçimde yapılmış olmaları gerekmez. Mamafih, hükümet, bunun tersine, en ilkel ve en basit biçimleri haricinde, münhasıran yöneticinin ad hoc talimatları ile idare edilemeyecek bir tasarımlı buluştur. Bir yöneticinin barışı muhafaza etmek, ülkeyi düşmanlara karşı korumak ve tedricen artan sayıda diğer hizmetleri sağlamak için kurduğu organizasyon, vatandaşların bütün hususi faaliyetlerini ihtiva eden daha kapsayıcı toplumdan gittikçe daha fazla ayrı hale gelirse, yapısını hedeflerini ve fonksiyonlarını belirleyen kendisine mahsus kurallara ihtiyaç duyacaktır. Ancak, hükümet cihazını yöneten bu kurallar, ister istemez, genellikle toplumun kendiliğinden doğan düzeninin temelini teşkil eden evrensel âdil davranış kurallarından farklı bir karaktere sahip olacaktır. Onlar, muayyen

amaçlara ulaşmak için dizayn edilmiş, bir şeyin yapılması gerektiği veya belirli sonuçların elde edilmesi gerektiği konusunda pozitif emirler vermek ve bu amaçlar için hükümetin onlar vasıtasıyla işlediği çeşitli organlar (daireler) kurmak amacıyla dizayn edilmiş organizasyon kuralları olacaklardır. Takip edilecek amaçları ve farklı organların vazifelerini gösteren özgül emirlere yardımcı olma konumunda bulunacaklardır. Bu kuralların belirli bir duruma uygulanmaları, belirli bir daireye verilmiş muayyen göreve ve hükümetin anlık hedeflerine bağlı olacaktır. Ve onlar farklı görevlilerin sorumluluklarını ve takdir alanlarını tayin eden bir komuta hiyerarşisi tesis etmek mecburiyetini duyacaklardır.

Bu, âdil davranış kurallarının infazından başka bir görevi olmayan bir organizasyon için dahi doğru olacaktır. Kendisi tarafından icra edilecek âdil davranış kurallarının verili telâkki edildiği böyle bir organizasyonda bile, farklı bir kurallar seti organizasyonunun işleyişini yönetmek mecburiyetinde olacaktır. Usul kanunları ve mahkemelerin teşkilâtlarını kuran kanunlar, bu anlamda, âdil davranış kurallarından değil organizasyon kurallarından mürekkeptirler. Bu kuralların da aynı zamanda adaleti sağlamayı amaçlamalarına ve bu sebeple belki gelişmenin daha erken safhalarında, adaletin kazanılmasında, o ana kadar açıkça formüle edilmiş olan âdil davranış kurallarından daha önemli olmuş olmalarına rağmen, onlar, yine de, mantıki olarak, âdil davranış kurallarından farklıdır.

Fakat, eğer, adaleti yürütmek üzere kurulan organizasyon bakımından, âdil davranışı tanımlayan kurallar ile âdil davranışın uygulanmasını düzenleyen kurallar arasındaki ayırımı -ve eğer gerçekten, âdil davranış kuralları yalnızca belirli bir usul yoluyla bulunacak kurallar olarak tanımlanabilirse- tedricen hükümet cihazı tarafından üstlenilmiş diğer hizmetlere nazaran çizmek çoğu zaman güç ise, açıktır ki, bu hizmetler hükümet görevlilerinin onlara teslim edilmiş maddi ve beşeri kaynaklar üzerindeki güçlerini düzenleyen kurallar tarafından yönetilecektir.

Bir mutlak yönetici dahi ayrıntılara ihtimam göstermek amacıyla bazı genel kurallar koymaksızın yapamazdı. Bununla beraber, bir yöneticinin güçlerinin derecesi, normal olarak, sınırsız değildi ve onun haklarının neler olduğuyla ilgili bir kanaate bağlıydı. Hukuk, ki onu uygulamak yöneticinin göreviydi, daha başından ve ebediyen verili sayıldığı için, diğer güçlerinin

derecesi ve icrası bakımından yönetici çoğu defa vatandaştan temsil eden organların rızasını ve desteğini aramayı gerekli buldu.

Böylece, nomos'un verili ve aşağı yukarı değiştirilemez sayıldığı zaman bile, yönetici, çok zaman, onlar açısından tebaasının işbirliğini istediği özel tedbirler için yetkiye ihtiyaç duyacaktı. Bu tedbirlerin en mühimi vergilendirme olacaktı ve parlamenter müesseseler vergilere rıza elde etme ihtiyacından doğdu[88]. Bu amaç için davet edilen temsili organlar, böylece, daha başlangıçtan itibaren, kendilerinden kabul edilmiş âdil davranış kurallarının neler olduğunu teyit etmeleri istenmiş ise de, dar anlamda kanun koymaktan ziyade, esas itibariyle hükümet meseleleriyle ilgiliydiler. Fakat, hukukun icrası hükümetin birinci vazifesi olarak telakki edildiğinden, hükümet faaliyetlerini yöneten kuralların hepsinin aynı isimle adlandırılır hale gelmesi doğaldı. Bu eğilim, muhtemelen, hükümetlerin, hükümetin organizasyon kurallarına, hukuk'un hakim olduğu vakar ve itibarı verme arzusu tarafından desteklendi.

Oluşan kanun ve yapılan kanun: Kanunun uygulanması ve emirlerin yerine getirilmesi

İngilizcede, bir otorite tarafından yapılmış veya 'kurulmuş', veya 'konulmuş' bir emri, kaynağının farkında olmaksızın genel olarak kabul edilen bir emirden açıkça ve müphem olmayan bir şekilde ayıran hiçbir tek terim yoktur. Bazen, daha alışkın olduğumuz 'yasa' terimi genellikle aşağı yukarı genel kuralları kapsayan 'kararnameler'e tahsis edilirken, bir 'kararname'den söz edebiliriz[89]. Tek bir kesin terime ihtiyacımız olduğu zaman, Yunanca thesis kelimesini ara sıra bu gibi 'kurulmuş' kanunu (hukuku) tasvir etmek için kullanacağız.

Bütün yasama organlarının esas faaliyeti daima hükümetin idaresi olduğundan 'hukukçunun hukuku için Parlamentonun ne zamana ne de arzuya sahip olduğu' genellikle doğruydu. Bu, yalnızca hukukçunun hukukunun ihmal edilmesine ve onun gelişmesinin mahkemelere terk edilmesine yol açsaydı, önemli olmayacaktı, fakat, çoğu zaman, hükümet tedbirleri üzerindeki kararların alınışı esnasında hukukçunun hukukunun tesadüfi biçimde ve hatta kazaen ve bu sebeple belirli amaçların yararına olacak şekilde değiştirilmesine meydan verdi. Yasama organının nomos

tarafından düzenlenmiş meselelere dokunan herhangi bir kararı, en azından görülmekte olan dava açısından, bu hukuku değiştirecek veya onun yerini alacaktır. idare eden bir organ olarak yasama organı hiçbir kanun tarafından bağlanmamaktadır ve onun belirli meselelerle ilgili olarak söylediği şey bir genel kuralın gücünün aynısına sahiptir ve mevcut bu gibi herhangi bir kuralın yerine geçecektir.

Temsili meclislerden geçirilen kararların büyük ekseriyeti, kuşkusuz, âdil davranış kuralları koymaz, fakat doğrudan hükümet tedbirleri getirir. Bu muhtemelen her zaman böyleydi[90]. İngiliz yasama organı için 1901'de şu söylenebilirdi: 'Kanunların her yılki hacminin onda dokuzu idare hukuku olarak adlandırılabilecek şeyle ilgilidir; geçmiş dört asırdaki Genel Kanunların muhtevasının bir analizi muhtemelen benzer bir oran gösterecektir[91].

Nomos'a uygulandığı biçimiyle 'kanun' ile, diğer bütün theseis'ler için kullanılan, yasama faaliyetinden doğan 'kanun' arasındaki anlam farklılığı, eğer 'kanun' kavramının bu iki durumda nasıl farklı bir şekilde kendisinin tatbikatıyla ilişkili olduğunu nazarı itibara alırsak, en açık şekilde ortaya çıkar. Bir davranış kuralı, bir kimsenin bir emri yerine getirişi gibi 'icra' edilemez veya 'yürütülemez'. Bir kimse bir emre itaat edebilir veya itaat ettirilebilir; fakat bir davranış kuralı sadece müsaade edilen eylem sahasını sınırlar ve genellikle belirli bir davranışını tayin etmez ve onun emrettiği şey asla yapıp bitirilemez, fakat herkes üzerinde sabit bir yükümlülük olarak kalır. Her ne vakit 'bir kanunu icra etmek'ten söz edersek, 'kanun' terimiyle bir nomos'u değil, fakat bir kimseye belirli şeyleri yapmasını emreden bir thesis'i kastederiz. Bunu, kanunları yürütülecek olan kanun koyucunun onları yürütecek olanlarla ilişkisinde, âdil davranış kurallarını koyan bir 'kanun - koyucu'nun onlara riayet etmek zorunda olanlarla ilişkisinde durduğu noktadan bütünüyle farklı bir noktada duracak olması izler. İkinci cins kurallar toplumun her (hangi bir) üyesi için müsaade edilmiş eylemler sahasını sınırlayacak iken, birinci cinsten kurallar yalnızca hükümet olarak adlandırdığımız organizasyonun mensupları üzerinde bağlayıcılık vasfına sahip olacaktır. Kanunu uygulayan ve onun icra edilmesini yöneten yargıç, bir idarecinin bir tedbiri yerine getirmesi, veya

'icra'nın yargıcın kararını yerine getirmek mecburiyetinde olması anlamında, onu 'yürütmez'.

Bir yasama organı tarafından çıkarılan bir kanun (thesis) bir nomos'un bütün özelliklerine sahip olabilir ve eğer taammüden nomos'a göre şekillendirilirse, muhtemelen bu özelliklere sahip olacaktır. Fakat onun bu özelliklere sahip olması icap etmez ve yasama faaliyetinin istendiği durumların çoğunda, o bu özelliğe sahip olamaz. Bu bölümde yalnızca âdil davranış kuralları olmayan kararnameleri veya theseis'i daha ayrıntılı olarak mütalâa edeceğiz. Hukuki pozitivistlerin daima vurgulamakta oldukları gibi, gerçekten, bir yasaya konulabilecek şeylere hiçbir sınır yoktur. Fakat, bu tür bir 'kanun', tevcih edildiği kimseler tarafından yürütülmek mecburiyetinde olmasına rağmen, bundan dolayı, âdil davranış kuralları anlamında kanun olmaz.

Yasama faaliyeti ve kuvvetler ayrılığı teorisi

'Kanun' kelimesinin bu belirsizliğinden (iki anlamlılığından) hasıl olan karışıklık kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ilgili en erken tartışmalarda dahi görülecektir. Bu tartışmalarda 'yasama'ya atıfta bulunulduğu zaman, başlangıçta, bu münhasıran cihanşumül âdil davranış kurallarının konulmasını ifade eder görünür. Fakat, bu gibi âdil davranış kuralları, hiç şüphesiz, yürütme tarafından icra edilmezler; mahkemeler tarafından, taraflar mahkeme önüne çıktıkları zaman tatbik edilirler. Yürütmenin yerine getirmek mecburiyetinde olacağı şeyler mahkeme kararlan olacaktır. Yalnızca ikinci anlamdaki kanun bakımından, yani, cihanşümul âdil davranış kuralları tesis etmeyen fakat hükümete talimatlar veren kararnameler bakımından, 'yürütme' yasama organının verdiği kararı yerine getirmek mecburiyetinde olacaktır. O zaman, burada 'yürütüm' (execution) bir kuralın yürütülmesi (ki bunun hiç anlamı yoktur) değil, fakat 'yasama organından sadır olan bir emrin yürütülmesidir.

'Yasama organı' terimi, tarihi bakımdan, kuvvetler ayrılığı terimiyle yakından ilgilidir ve gerçekten aşağı yukarı bu teorinin ilk tasavvur edildiği zamanda cari hale gelmiştir. Teorinin Montesquieu'nun zamanının İngiliz anayasasını yanlış yorumlamasından kaynaklandığı yolundaki hâlâ sık sık karşılaşılan görüş kesinlikle doğru değildir. Güncel İngiliz anayasasının o zaman bu ilkeye uymadığı doğru olmakla beraber, hiç şüphe yoktur ki, bu

ilke o zaman İngiltere'de siyasal düşünceye hükmetmişti[92] ve önceki asrın büyük tartışmalarında tedricen daha çok kabul görmekteydi. Amaçlarımız açısından önemli olan, bu on sekizinci yüzyıl tartışmalarında dahi, yasamayı ayrı bir faaliyet olarak tasavvur etmenin kanunla ne kastedildiğinin bağımsız bir tanımını varsaymayı gerektirdiğinin ve yasama (faaliyeti) teriminin, eğer yasama organının emrettiği her şey kanun olarak adlandırılırsa, anlamsız olacağının açıkça idrak edilmesiydi. Gitgide daha açık bir şekilde ifade edilmiş hale gelen fikir, 'sadece kanunların genel terimlerle ifade edilmesi değil, fakat aynı zamanda yasama organının kanun yapmayla sınırlanması, bizzat belirli durumlara müdahale etmemesi gerektiği' idi. 1647 tarihli First Agreement of the People'da, yapılmış veya yapılacak kanunlarla her kişi aynı şekilde bağlanabilmen ve hiçbir görev, mülk, karakter, derece, doğum veya mevki, hiç kimseye diğer insanların tâbi olduğu olağan usul akışından hiçbir muafiyet vermemelidir şartı açıkça koyuldu. 1653 tarihini taşıyan Instrument of Government adlı ve hükümet cihazının 'resmî bir müdafaası' olan kitapta kuvvetler ayrılığı 'özgürlüğün ve iyi hükümetin büyük sun' olarak takdim edilir. Onu bir anayasal hükümette tecessüm ettirme yolunda on yedinci yüzyılda sarf edilen gayretlerin hiçbirinin başarılı olmamasına rağmen, kuvvetler ayrılığı mefhumu gittikçe artan bir kabul gördü ve John Locke'un bu konudaki fikri şöyleydi: 'yasama kuvvetine sahip otorite belirli bir yolda hareket edecektir... (ve) bu otoriteye hükmedenler sadece genel kuralları yapmalıdır. Onlar, her ayrı duruma bağlı olarak değişmeyecek, ilân edilmiş yerleşik kurallarla yöneteceklerdir'[93]. Bu, İngiliz fikir hayatında on sekizinci yüzyılda kabul edilir hale gelmiş ve Montesquieu İngiliz anayasası ile ilgili anlatımını oradan çıkarmıştır. Bu inanç, ancak, on dokuzuncu yüzyılda, felsefi radikallerin fikirleri tarafından özellikle Jeremy Bentham'ın her şeye yetkili yasama organı talebi James Mill'i hukuk çerçevesinde yönetim idealinin yerini bir halk meclisi tarafından kontrol edilen, bu meclisin onayladığı her tür karan almaya yetkili bir hükümet (yönetim) ideali ile kaplamaya sürüklediği zaman sarsıldı[94].

Temsili meclislerin yönetimsel (governmental) fonksiyonları

Bu sebeple, eğer 'yasama organı' kavramı tarafından yanıltılmayacaksak, onun evvelce temsili hükümetin cihazları olarak doğmuş olan heyetlere

(meclislere) verilmiş bir nezaket unvanından daha fazla bir şey olmadığını hatırlamak mecburiyetinde olacağız. Modern yasama organları, aşikâr biçimde, âdil davranış kurallarının tasarımlı biçimde yapılmasının mümkün olduğunun düşünülmesinden daha evvel mevcut olmuş olan organlardan kaynaklanmıştır ve bu kuralları yapma görevi ancak daha sonra mutat olarak çok farklı görevlerle ilgili olan kuramlara tevdi edilmiştir. Gerçekte, 'yasama organı' ismi on yedinci yüzyılın ortalarından önce belirmez ve bu ismin o zaman (R.A. Palmer'in yararlı terimini kullanırsak, mevcut 'tesis edilmiş organlara' donuk bir şekilde algılanmış bir kuvvetler ayrılığının sonucu olarak mı, yoksa ondan ziyade, hükümet üzerinde kontrol talep eden organları genel kuralların yapılmasıyla sınırlama çabasıyla mı uygulandığı kuşkuludur. Her nasıl olursa olsun, onlar gerçekte hiçbir zaman bu şekilde sınırlanmadılar ve 'yasama organı' esas itibariyle hükümeti kontrol etmek veya yönetmekle meşgul temsili heyetlerin adı oldu.

Yasama organlarını dar anlamda kanun yapmayla sınırlama yolundaki bu az sayıdaki girişim başarısız olmaya mahkumdu, çünkü, bu teşebbüsler sadece var olan temsili organları genel kurallar koymayla sınırlamaya ve onları hükümet faaliyetlerinin çoğu üzerindeki kontrol gücünden yoksun bırakmaya yönelik bir girişim teşkil etti. Bu tür bir teşebbüsün iyi bir tasviri I. Napolyon'a atfedilen bir ifade tarafından verilmektedir. Napolyon'un şöyle dediği söylenmektedir:

Hiç kimse yasama gücünün bağımsızlığına benim duyduğumdan daha büyük bir saygı duyamaz: Fakat, yasama faaliyeti, maliye, idarenin eleştirilmesi veya İngiltere'de Parlamentonun kendisini meşgul ettiği yüz şeyin doksan dokuzu demek değildir. Yasama organı yasama faaliyetinde bulunmalıdır, yani, hukuk biliminin ilmi ilkeleri üzerinde iyi yasalar tesis etmelidir, fakat, kendi bağımsızlığına saygı gösterilmesini isteyişi gibi yürütmenin bağımsızlığına saygı göstermelidir.

Bu, hiç kuşkusuz, Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı mefhumuna tekabül eden, yasama organlarının fonksiyonu görüşüdür ve (bu) Napolyon'un hesabına, halkın mevcut temsilcilerini genel âdil davranış kuralları koymayla sınırlamış olacağı ve onları hükümet üzerindeki bütün güçlerinden yoksun bırakmış olacağı için uymuş olmalıdır. Aynı sebeple, bu görüş, G.W. F. Hegel ve son zamanlarda W. Hasbach gibi diğer bazı

kimselere de cazip görünmüştür[95]. Fakat, aynı sebep, onu, halk yönetiminin veya demokratik yönetimin bütün savunucuları için kabul edilemez kılmıştır. Bununla beraber, 'yasama organı' ismini kullanma, aynı zamanda, onlara bir diğer sebep yüzünden çekici görünmüştür: Bu isim onları, ağırlıklı biçimde hükümetsel olan bir organ adına, geleneksel görüşe göre sadece terimin dar anlamında kanun yapıcıya ait olan sınırsız 'egemenlik' gücünü talep etmeye muktedir kıldı. Böylece, hükümetsel meclislerin -ki bunların esas görevi hukuk tarafından sınırlanması gereken türdendi emirlerini 'kanunlar' olarak adlandırmak suretiyle, kolayca, diledikleri her şey için emir vermeye muktedir hale gelişi vuku buldu.

Mamafih, kabul edilmelidir ki, eğer halk yönetimi veya temsili hükümet istendiyse, mevcut olan yegâne temsili organlar, kuvvetler ayrılığı ilkesinin hakiki yasama organları üzerine koyduğu sınırlara tâbi tutulamazdı. Böyle bir sınırlamanın, hükümetsel güçleri kullanan temsili organın kendi yapımı olanın dışındaki hukuktan muaf olması icap ettiği anlamına gelmesi gerekmezdi. Şu anlama gelmiş olabilirdi: Halis hükümet görevlerini yerine getirmede, o, aynı derecede temsili veya demokratik olan, üstün otoritesi cihanşumül âdil davranış kurallarına bağlılıktan kaynaklanan bir diğer organ tarafından konulmuş olan genel kurallarla sınırlıdır. Hükümetin daha aşağı kademelerinde, biz, gerçekte, eylemlerinde bu şekilde değiştiremeyecekleri genel kurallara tâbi olan çok değişik bölgesel veya mahalli temsili organlara sahibiz ve bunun aynı zamanda hükümeti yöneten en yüksek temsili organlara da uygulanmaması için hiçbir sebep yoktur. Hakikaten, ancak böylelikle hukuka uygun yönetim realize edilebilir.

Bu noktada 'hükümet' kavramındaki muayyen bir belirsizliği kısaca ele almak için esas tartışmamızı kesmek yararlı olacaktır. Her düzenli toplumda gerekli olan veya gerçekleştirilmesi arzu edilen geniş bir faaliyetler dizisini kapsamakla beraber, terim, aynı zamanda, kanun çerçevesinde özgürlük ülküsüne muhalif belirli işaretler de taşır. Gördüğümüz üzere, bu kavramın çatısı altında yer verilen, birbirinden ayrılması gereken iki farklı vazife vardır: Bir tarafta âdil davranış kurallarının icrası, diğer tarafta genellikle vatandaşlara çeşitli hizmetleri sağlamak için kurulmuş organizasyonun yönetimi.

İkinci grup faaliyetlerle bağlantısı içindedir ki 'hükümet (ve ondan da fazla olarak 'yönetme') terimi yanıltıcı imalar barındırır. Hukuku icra eden ve diğer birçok hizmetleri sağlayan bir organizasyonu yöneten bir hükümete duyulan tartışılmaz ihtiyaç demek değildir ki, olağan zamanlarda, özel vatandaşın hükümetin hizmetleri ifa etmek üzere kendisine verilmiş personeli ve maddi kaynakları yönetmesi anlamında idare edilmeye ihtiyacı vardır. Bugün, sanki bütün toplum hükümet tarafından idare edilen bir organizasyonmuş gibi, bir hükümetin 'bir ülkeyi yönetmesi'nden söz etmek olağandır. Ancak, gerçekten hükümete dayanan şey, esas itibariyle sayısız bireylerin ve organizasyonların birbirine verdiği hizmetlerin muntazam işleyişi için gerekli belirli şartlardır. Toplumun üyelerinin bu kendiliğinden düzenlenmiş faaliyetleri, hükümete mahsus bütün faaliyetler geçici olarak kesilmiş olsa bile, devam edebilir, devam edecektir. Şüphesiz, modern zamanlarda, hükümet, özellikle ulaşım ve iletişim alanlarında, birçok ülkede, öylesine çok temel hizmetlerin idaresini devralmıştır ki, bütün hükümet faaliyetleri kesilse ekonomik hayat kısa sürede felce uğrayacaktır. Fakat, bunun sebebi, bu hizmetlerin yalnızca hükümet tarafından sağlanabilecek olması değildir, hükümetin onları temin etme hakkını münhasıran kendine mal etmesidir.

Kamu hukuku ve özel hukuk

Cihanşumül davranış kuralları ile hükümet teşkilâtlarının kuralları arasındaki fark, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki farkla yakından ilgili ve bazen aşikâr biçimde bu farkla aynıdır.[96] O zaman, şimdiye kadar söylemiş olduklarımız, yasama faaliyetinin eseri olan hukukun ağırlıklı olarak kamu hukukundan oluştuğu ifadesiyle özetlenebilir. Bununla beraber, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayırım çizgisinin nerede çekileceği üzerinde genel bir anlaşma yoktur. Çağdaş gelişmelerin eğilimi, bir yandan hükümet organlarını âdil davranış kurallarından muaf tutarak, diğer yandan özel bireylerin ve örgütlerin davranışını özel amaç - yönelimli kurallara veya hatta, idari organların hususi talimatlarına veya izinlerine tâbi kılarak, bu ayırımı gittikçe artan ölçüde bulanıklaştırmak olmuştur. Geride kalan birkaç yüzyıl boyunca güya 'sosyal' hedeflerin yararına olacak şekilde, âdil davranış kuralları ile hükümet hizmetlerini yürüten organizasyonların kuralları arasındaki fark adım adım aşındırılmıştır.

Bundan sonra, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayırımı âdil davranış kuralları ile organizasyon kuralları arasındaki ayırımla eşit sayacağız (ve böyle yapmakla, ağır basan Anglo-Saxson pratiğine uyarak, lâkin Kıta Avrupası pratiğine ters bir şekilde, ceza hukukunu kamu hukukundan ziyade özel hukuk sınıfına koyacağız). Mamafih, alışkın olduğumuz 'özel' ve 'kamu' terimlerinin yanıltıcı olabileceğine işaret edilmelidir. Onların özel refah ve kamu refahı terimlerine olan benzerliği, yanlış biçimde, özel hukukun yalnızca belirli özel bireylerin refahına hizmet ettiğini ve yalnızca kamu hukukunun genel refaha hizmet etmekte olduğunu akla getirmeye elverişlidir. Klâsik Roma hukuku tanımı dahi -ki bu tanıma göre özel hukuk bireylerin yararını ve kamu hukuku Roma milletinin yararını hedefler[97]- böyle bir yanlış yoruma müsaittir. Bununla beraber, sadece kamu hukukunun kamu refahını hedeflediği fikri, yalnızca eğer 'kamu' özel bir dar anlamda yani hükümet teşkilâtına ilişkin olan şey anlamında yorumlanırsa ve 'kamu refahı' terimi, bu sebeple, genel refah ile eşanlamlı olarak anlaşılmayıp yalnızca hükümet teşkilâtının doğrudan doğruya ilgili olduğu belirli hedeflere uygulanırsa doğrudur.

Sadece kamu hukukunu genel refaha hizmet ediyor saymak ve özel hukukun bireylerin bencil çıkarlarına hizmet ettiğini söylemek gerçeğin tamamıyla ters çevirilmesidir. Yalnızca tasarımlı biçimde ortak amaçları hedefleyen eylemlerin ortak ihtiyaçlara hizmet ettiğine inanmak hatadır. Gerçek daha ziyade şudur: Toplumun kendiliğinden doğan düzeninin bize sağladığı şey, herkes için ve dolayısıyla genel refah için, hükümet teşkilâtının sağlayabileceği belirli hizmetlerin çoğundan daha önemlidir; âdil davranış kurallarının icrası suretiyle sağlanan güvenlik hariç olmak üzere. Bünyesinde hükümetin kendisini bu son göreve tahsis ettiği gayet müreffeh ve barışçıl bir toplum düşünülebilir ve uzun bir süre boyunca, özellikle ortaçağlar süresince, utilitas publica, gerçekten, âdil davranış kurallarının icrasının garanti ettiği barış ve adaletten daha fazla bir şeyi ifade etmemiştir. Hakikat sadece şudur: Hükümet teşkilatının hukuku olarak kamu hukuku tatbik edildiği kimselerin taammüden kamu çıkarına hizmet etmelerini gerektirir, oysa özel hukuk bireylerin kendi hedeflerini takip etmelerine izin verir ve sadece bireysel eylemleri sonuçta genel yarara hizmet edecekleri şekilde sınırlamayı hedefler.

Hükümet teşkilâtının hukuku hangi tür davranışın doğru olduğunu belirleyen kurallar anlamında hukuk değildir. O hükümetin belirli memurlarının veya dairelerinin yapmaları icap eden şeylerle ilgili direktiflerden mürekkeptir. Bunlar daha münasip bir şekilde hükümet yönetmelikleri veya hükümetin tali kanunları (by laws) olarak tasvir edilebilirler. Onların hedefi, bazı görevlerin ifasında kullanılmak üzere kendilerine araçlar verilen muayyen dairelere, bu tayin edilmiş görevler için belirli eylemleri yapma yetkisi vermektir. Fakat, hür bir toplumda, bu araçlar özel vatandaşı kapsamaz. Eğer bu hükümet teşkilâtı yönetmelikleri, yaygın biçimde, âdil davranış kuralları cinsinden kurallar olarak kabul ediliyorsa, bu, onların, aynı zamanda âdil davranış kurallarını da koyma gücüne sahip olan otoritenin aynısından sadır olmaları durumundan dolayıdır. Onlar için de evrensel âdil davranış kurallarına atfedilen hürmet ve itibarın aynısını talep etme teşebbüsünün bir sonucu olarak 'kanunlar' şeklinde adlandırılmaktadırlar. Böylelikle, hükümet daireleri, özel vatandaşın spesifik amaçların elde edilmesini amaçlayan buyruklara itaatini talep etmeye muktedirler.

Belirli hizmetleri organize etme görevi, zarureten, kendiliğinden doğan bir düzenin temeli olarak kurallar temin etme görevi tarafından üretilmiş olanlardan tamamıyla farklı mahiyetten bir kurallar mefhumu üretir. Ancak, bu hizmetleri organize etme görevinin doğurduğu durum tarafından teşvik edilen tavır yasama faaliyetinin hedefleri fikrine hükmetme durumuna gelmiştir. Kuralların taammüden tesis edilmesi esas itibariyle organizasyon kurallarıyla ilgili olduğu için, yasama faaliyetinin genel ilkeleri hakkındaki düşünce hemen hemen bütünüyle kamu hukukçularının, yani, hukukçunun hukukuna insanı onları hukukçu olarak tasvir etmekte tereddüte düşürecek kadar az sempati duyan, organizasyon uzmanlarının eline düşmüştür. Modern zamanlarda hukuk felsefesine neredeyse tamamıyla hükmeden ve bütün hukuki düşüncenin kavramsal çerçevesini sağlamak yoluyla ve yargı kararlan üzerindeki etkileri yoluyla, aynı zamanda özel hukuku da derinlemesine etkilemiş olan onlardır. Hukuk biliminin (özellikle Kıta Avrupası'nda), hemen hemen bütünüyle, hukuku esas itibariyle kamu hukuku olarak ve düzeni tamamıyla bir organizasyon olarak düşünen kamu hukukçularının ellerinde olması gerçeği, sadece hukuki pozitivizmin (ki pozitivizm özel hukukta pek bir anlam ifade etmez) değil, fakat aynı

zamanda onda gömülü sosyalist ve totaliter ideolojilerin de hakimiyetinin sebebidir.

Anayasa hukuku

'Hukuk' olarak adlandırma alışkanlığında olduğumuz, fakat adil davranış kuralları değil organizasyon kuralları olan kurallar sınıfına, evvel emirde, anayasa hukukunda kapsanan hükümet güçlerinin tahsisi ve sınırlanmasıyla ilgili bütün kurallar dahildir. Anayasalar genellikle özel bir itibar atfedilen veya diğer kanunlardan daha fazla hürmet gösterilen 'en yüksek' türden kanun olarak telâkki edilirler. Fakat, böyle olmasını izah eden tarihi sebepler bulunmasına rağmen, onları, genellikle takdim edildikleri üzere, bütün diğer hukukun kaynağı olmaktan ziyade, hukukun muhafazasını garanti etmek amacıyla inşa edilmiş bir üst yapı olarak telâkki etmek daha yerinde olacaktır.

Anayasalara özel bir itibar ve temel olma mahiyeti atfedilmesinin sebebi, tam da, resmi olarak kabul edilmek mecburiyetinde olmuş olmaları yüzünden, onlara hukukun uzun süredir yararlanmakta olduğu saygıyı ve otoriteyi vermek için özel bir çabanın gerekli olmasıydı. Anayasa ilkeleri, genellikle uzun bir mücadele sonucu, nispeten yakın zamanlarda, yüksek bir maliyetle kazanılmış sayıldılar. Uzun kavgaları sona erdirmiş, çoğu zaman merasimle üstüne yemin edilmiş, ihlâl edilmeleri sektörel çatışmaya ve hatta iç savaşa yol açacak ilkelerden oluşan bir anlaşmanın bir mahsulü olarak görüldüler. Anayasalar, aynı zamanda, çok defa, ilk kez kalabalık ve şimdiye kadar bastırılmış bir sınıfa vatandaş olarak eşit haklar veren belgelerdi.

Mamafih, bunların hiçbiri, bir anayasanın, esas itibariyle, daha önceden mevcut bir hukuk sistemi üzerinde, hukukun yürütülmesini organize etmek için tesis edilmiş bir üst yapı olduğu gerçeğini değiştirmez. Bir kere tesis edildi miydi, diğer kuralların kendi otoritelerini ondan kaynaklandırmaları mantıki anlamında 'asli'[98] görünebilirse de, o yine de daha evvelden mevcut bu kuralları desteklemek için istenir. Anayasa, hukuku ve düzeni sağlamak için ve diğer hizmetlerin temini için bir alet sağlamak üzere bir cihaz yaratır, fakat, hukukun ve adaletin ne olduğunu tanımlamaz. Şu da gerçektir ki, pek yerinde bir şekilde söylenildiği gibi, 'kamu hukuku biter, fakat özel hukuk sürer'[99] Devrim veya fetihin bir sonucu olarak bütün hükümet yapısı

değiştiği zaman bile, âdil davranış kurallarının çoğu, medeni hukuk ve ceza hukuku - onların bir kısmını değiştirme arzusunun devrimin ana sebebi olduğu durumlarda bile uygulamada kalacaktır. Bu, yeni bir hükümetin yalnızca genel beklentileri tatmin ederek tebasının sadakatim sağlayabilecek ve bu suretle 'meşru' olabilecek olması yüzünden böyledir.

Hatta bir anayasa, hükümetin farklı organlarının gücünü belirlemekte, her anayasanın yapması gerektiğine inandığım ve ilk anayasaların yapmaya niyetlendiği gibi, kanun yapıcı meclisin gücünü sınırladığı ve bu amaçla bir kanunun geçerli olmak için sahip olması gereken formel özellikleri tanımladığı zaman bile, âdil davranış kurallarının böyle bir tanımının kendisi bir âdil davranış kuralı olmayacaktır. H.L.A. Hart'ın 'tanıma kuralı' olarak adlandırdığı, mahkemeleri belirli kuralların bu özelliklere sahip olup olmadığım tahkik ve tayin etmeye muktedir kılacak şeyi sağlayacaktır, fakat kendisi bir âdil davranış kuralı olmayacaktır. Ne de tanıma kurallarıyla böyle bir tanımlama yalnız başına daha önceden mevcut hukuka geçerliliğini verecektir. Yargıç için bir rehber sağlayacaktır, fakat, var olan bir normlar sisteminin temelinde bulunan bütün fikirleri ifade etmeye yönelik her teşebbüs gibi, yetersiz kalabilir ve yargıç, yine de istihdam edilen kelimelerin lafzi anlamının ötesine gitmek (veya bu anlamı sınırlamak) mecburiyetinde olabilir.

Kamu hukukunun diğer hiçbir kısmında, ona âdil davranış kurallarının özelliklerini vermemeye, anayasa hukukunda olduğundan daha büyük bir direnç yoktur. Öyle görünmektedir ki, konuyla uğraşan bilim adamlarının çoğuna, anayasa hukukunun, âdil davranış kurallarını hukuk olarak tasvir edişimiz anlamında hukuk olmadığı fikri, tamamen gaddar ve dikkate almaya değmez bir görüş olarak belirmiştir. Gerçekten, bu sebep yüzünden, iki hukuk arasında açık bir ayırıma varma yolundaki en uzun ve en araştırıcı teşebbüsler, yani, geçen yüzyılın son dönemleri boyunca, Almanya'da, o zaman 'maddi' (veya 'öz') anlamda hukuk ve 'formel' anlamda hukukla ilgili olarak yapılan girişimler, herhangi bir sonuç veremezdi. Çünkü, bu teşebbüslere katılan yazarların hiçbiri, kaçınılmaz, fakat, düşündükleri gibi, gülünç olarak gördükleri şeyin, yani anayasa hukukunun, herhangi bir makul ayırım prensibine göre, maddi anlamda hukuk değil, yalnız formel

anlamda hukuk olarak sınıflandırılmak mecburiyetinde olacağını kabul etme noktasına varamazlardı[100].

Mali yasama faaliyeti

Âdil davranış kuralları ile yasama faaliyetinin diğer ürünleri arasındaki farkın en açık biçimde belirdiği ve sonuçta kendisiyle ilgili 'siyasal kanunlar'ın 'adli kanunlar'dan farklı bir şey olduğunun erkenden kabul edildiği alan, içinde temsili organlar eliyle yasama faaliyetinin ilk olarak belirdiği alandı, yani, maliye alanıydı. Bu sahada, gerçekten, harcama yapmaya yetki verilmesiyle yükün farklı bireyler ve gruplar arasında taksim edilme tarzı arasında yapılacak güç ve mühim bir ayırım vardır. Fakat, bir bütün olarak alındığında, hükümet bütçesinin bir organizasyon için bir eylem planı; muayyen dairelere belirli şeyler yapmak için yetki veren, fakat âdil davranış kurallarının bir bir ifadesi olmayan bir plan olduğu yeterince açıktır. Gerçekte, bir bütçenin çoğu, bütçe harcamayla ilgili olduğu sürece, hiçbir suretle herhangi bir kural kapsamayacak, fakat yalnızca amaçlarla ve hükümetin tasarrufuna bırakılan araçların kullanılma tarzıyla ilgili talimatlardan oluşacaktır. Geçen asrın kamu hukuku hesabına 'maddi anlamda kanun' diye adlandırdıkları Şeyin sıfatını talep etmek için öylesine sıkı çalışan Alman bilim adamları bile burada durmak ve bütçenin hiçbir şekilde bu başlık altına sokulamayacağını kabul etmek mecburiyetindeydi. Hükümetin böyle bir faaliyet planını onaylayan bir temsili meclis, yasama organı teriminin anlaşıldığı manada, meselâ kuvvetler ayrılığı fikri çerçevesinde, bir yasama organı olarak hareket etmez, fakat, yönetimin, yürütmenin yerine getirmek zorunda olduğu talimatlar veren en yüksek organı olarak hareket eder.

Bu demek değildir ki, 'yasama kaynaklı' talimatlar tarafından yönetilen bütün eylemlerinde hükümet, aynı zamanda, diğer herhangi bir kimse veya kurum gibi genel âdil davranış kurallarına tâbi olmak ve özellikle bu kurallar tarafından tanımlanan özel alanlara saygı göstermek zorunda değildir. Gerçekten, hükümete verilen talimatların, onların da aynı zamanda kanunlar diye adlandırılmaları yüzünden, herkese uygulanabilir genel kuralların yerine geçtiği veya onları tadil ettiği inancı, kendimizi iki tür 'kanun' arasında açık bir ayırım yapmak suretiyle ondan korumamız gereken ana tehlikedir. Bu, bütçenin harcama tarafından varidat tarafına

dönersek daha aşikâr hale gelir. Belirli bir yılda vergileme yoluyla elde edilecek toplam varidatın belirlenmesi hâlâ muayyen şartlar tarafından yön gösterilecek özgül bir karardır- bir çoğunluğun taşımayı istiyor olduğu bir yükün buna istekli olmayan bir azınlık üzerine zorla yüklenip yüklenemeyeceğinin veya belirli bir toplam yükün farklı kişi ve kümeler arasında nasıl taksim edileceğinin adalet sorunları yaratmasına rağmen. O zaman, burada da, bireylerin yükümlülükleri, genel kurallar, harcamanın özgül hacmine bakmaksızın uygulanabilir kurallar- gerçekten harcama konusunda karar vermek mecburiyetinde olan kimselere değiştirilemez biçimde verili olan kurallar-tarafından yönetilmelidir. Bünyesinde önce hangi harcamanın yapılacağına karar verilen, yükü kimin omuzlayacağı sorusu daha sonra mütalâa edilen bir sisteme öylesine alışkınız ki, bu sistemin bütün zorlamayı âdil davranış kurallarının icrasıyla sınırlama ilkesiyle ne kadar çok çatıştığı nadiren kabul edilir.

İdare hukuku ve polis gücü

Mamafih, kamu hukuku olarak adlandırılan şeyin ağırlıklı bölümü idare hukukundan, yani çeşitli hükümet organlarının faaliyetlerini düzenleyen kurallardan mürekkeptir. Bu kurallar, söz konusu organların kendilerinin tasarrufuna bırakılan personeli ve maddi kaynakları kullanma tarzını belirlediği sürece, aşikâr biçimde, her geniş organizasyonun ihtiyaç duyacağı kurallara benzer organizasyon kurallarıdır. Onlar uygulandıkları kimselerin halka karşı sorumluluğu yüzünden özel ilgi konuşudurlar. Bununla beraber, 'idare hukuku' terimi iki manada daha kullanılmaktadır:

İdare hukuku idari daireler tarafından konulan ve sadece bu dairelerin memurlarını değil fakat aynı zamanda bu dairelerle haşır neşir olan özel vatandaşları da bağlayıcı olan yönetmelikleri tasvir etmek için kullanılır. Böyle yönetmelikler, açıkça, hükümet tarafından vatandaşlara temin edilen çeşitli hizmetler ve imkânların kullanılışını belirlemek için gerekli olacaktır, fakat onlar çoğu zaman bu noktanın ötesine taşacak ve özel alanları sınırlayan genel kuralları tamamlayacaktır. Bu ikinci durumda yönetmelikler devredilmiş yasama faaliyeti teşkil ederler. Bu tür kural - yapma güçlerinin sadece temsili organlara mı devredilmesi gerektiği, yoksa aynı zamanda bürokratik dairelere de mi tevdi edilebileceği sorusu, mühim olmasına rağmen, burada bizi ilgilendirmez. Mevcut çerçevede konumuzla

ilgili olan başlıca şey şudur: Bu genişlikteki 'idari yasama', genel yasama organının kanun yapma gücünün tâbi olduğu sınırlamaların aynısına tâbi olmalıdır.

'İdare hukuku', bundan başka, 'kişiler ve mülkiyet üzerindeki idari güçleri', âdil davranış kurallarından oluşmayan fakat muayyen önceden görülebilir sonuçlan hedefleyen ve bu sebeple ister istemez ayırımı ve takdiri mucip olan idari güçleri tasvir etmek için kullanılır. Bu manadaki idare hukuku ile kanun çerçevesinde özgürlük mefhumu ile bir çatışma söz konusudur. İngilizce konuşulan ülkelerin hukuk geleneğinde, özel vatandaşlarla olan ilişkilerinde, idari otoritelerin, her özel vatandaş gibi, aynı (Common Law veya yazılı hukuk) genel kurallar(ın)a tâbi olduğu farz edilirdi. Yalnız en son bahsettiğimiz anlamdaki idare hukuku, yani hükümet daireleri ve vatandaşlar arasındaki ilişkilere uygulanan farklı hukuk bakımındandır ki, bu yüzyılın başlangıcı kadar geç bir tarihte- yabancı yazarlar daha önce tartışılan manadaki İngiliz idare hukuku üzerinde uzun risaleler yazdıktan yirmi yıl sonra, A.V. Dicey idare hukukunun İngiltere'de mevcut olmadığı fikrini muhafaza edebilmekteydi.

Hükümetin halka sunduğu hizmetler geliştikçe bu hizmetleri düzenleyen yönetmeliklere duyulan ihtiyaç açıkça ortaya çıkar. Yollardaki ve genel kullanıma açık diğer kamu yerlerindeki davranış bireysel alanların tayin edilmesiyle düzenlenemez, fakat yerindelik mütalâasıyla belirlenmiş kurallar gerektirir. Halka hizmet amacıyla oluşturulan müesseselerin kullanması için temin edilen bu gibi kurallar, (esasen, herkes için aynı olmalarının gerekmesi anlamında), adâletin gereklerine tâbi bulunacak olmalarına rağmen, adâleti hedeflemezler. Hükümetin bu gibi kuralları koymakta âdil olması gerekecektir, kurallara itaat edecek bireylerin değil. Aracımızı sağda veya solda sürmemizi gerektiren 'trafik kuralı' vb. -ki bunlar çoğu zaman bir genel kuralın resmi olarak aktarılırlar- bu sebeple, gerçekten, hakiki bir adil davranış kuralı örneği değildir. Kamu kurumlarının kullanması için konulan diğer kurallar gibi, bu kural, herkes için aynı olmak, en azından bütün kullanıcılar için aynı faydaları sağlamayı hedeflemek zorundadır, fakat adil davranışı tanımlamak durumunda değildir.

Kamu yerlerinin kullanımı ve kamu kurumlarının kullanması için yapılan bu gibi yönetmelikler, eğer 'genel refah'a hizmet etmeyi amaçlamışlarsa, belirli gruplara faydalı olmayı hedeflemek zorunda olmamalarına rağmen, muayyen sonuçlan amaçlayan kurallardır. Ancak, trafik yönetmelikleri durumunda aşikâr olduğu gibi, onlar münasip biçimde, hükümet görevlilerinin özgül talimatlar verme yetkisiyle donatılmalarını gerektirebilirler. Polise kamu düzenini korumak için gerekli otorite verildiği zaman, bu, esas itibariyle, bireyin kendi özel alanında kendisine verildiği kadar özgürlük sahibi olamayacağı kamu yerlerinde düzenli davranışı temin etme ihtiyacına işaret eder; burada, meselâ trafiğin engellenmemiş akışım sağlamak için hususi tedbirler gerekli olabilir. Hükümete, özellikle mahalli yönetime, imkân ve vasıtaları, halkın onları amaçları için en verimli biçimde kullanabileceği şekilde işler (çalışır) vaziyette tutma görevi verilir.

Mamafih, 'kamu yerlerini' sadece kamu için hükümet tarafından sağlanan imkân ve vasıtalar olarak değil, fakat ticari olarak sağlansa bile, çok bölümlü mağazalar, fabrikalar, tiyatrolar, spor tesisleri vb. gibi, halkın toplandığı her yer olarak yorumlama eğilimi mevcuttur. Bu gibi yerleri kullananların emniyet ve sıhhatini temin etmek için genel kurallara muhakkak ihtiyaç olmakla beraber, bu amaç için takdir yetkisine sahip bir 'polis gücü'nün gerekli olduğu aşikâr değildir. Meselâ, 'İngiliz iş kanunları'nın, kanun hakimiyeti ideali hâlâ saygı gördüğü sürece, (büyük ölçüde idari yönetmelikler tarafından çerçevelenmiş olmasına rağmen) pratik olarak bütünüyle genel kurallara dayanmayı mümkün bulmuş olması' önemlidir.

Politika 'tedbirleri'

Hükümetin, çoğu son zamanlarda ekonomik sistemin 'alt yapısı' olarak tasvir edilir hale gelmiş türden belirli hizmetlerin sağlanmasıyla meşgul olduğu yerde, bu gibi hizmetlerin ekseriya belirli sonuçlan hedefleyecek olması gerçeği zorlu problemler doğurur. Bu cinsten belirli eylemler, genellikle, politika tedbirleri (özellikle kıtada buna tekabül eden measures ve Massnahmen terimleriyle) olarak tasvir edilir ve bu problemlerin bazılarını bu başlık altında mütalâa etmek uygun olacaktır. Hayati nokta, kanun önünde eşitliğe benzer bir 'tedbir önünde eşitlik' olamayacağı sözüyle pekiyi ifade edilmiştir. Bununla kastedilen şey şudur: Bu türden çoğu

tedbirler, onların etki alanlarının onlar tarafından tedarik edilen hizmetler için ödemede bulunmaya hazır kişilerle sınırlanamamasına rağmen, yalnızca bazı az çok açık biçimde fark edilebilir grupları faydalandıracakları, bütün vatandaşları eşit olarak faydalandırmayacakları anlamında 'hedeflenecek'lerdir. Muhtemelen, âdil davranışın infazı dışında, hükümet tarafından sağlanan hizmetlerin çoğu bu türdendir. Doğan problemler, bu cins hizmetleri, mahalli yönetimlere veya su daireleri ve benzerleri gibi özgül bir gaye için yaratılmış özel bölgesel hükümet dairelerine bırakarak, ancak kısmen çözülebilir.

Ortak bir kesenin oluşturulmasına katkıda bulunmuş kimselerden yalnızca bazılarının faydasına olacak hizmetlerin maliyetini ortak keseden karşılamak, diğerleri tarafından, sadece, kendilerinin öbür ihtiyaçlarının da aynı tarzda karşılanacağı anlayışı üzerinde kabul edilecektir, neticede tahmini bir yük - fayda uygunluğu ortaya çıkacaktır. Yaklaşık olarak belirlenebilir yararlanıcılarıyla bu gibi hizmetlerin organizasyonu tartışmasında, belirli çıkarlar muntazaman çatışma içinde olacak ve bir ahenk yalnızca bir uzlaşma ile elde edilebilir olacaktır - ki, bu, büyük ölçüde öngörülebilir faydalara sahip bir soyut düzeni hedefleyen âdil davranış kurallarıyla ilgili bir tartışmada olan şeyden çok farklıdır. Bu husus öylesine önemlidir ki bu gibi meselelerin sorumluluğunu üstlenmiş otoriteler, demokratik veya temsili organlar bile olsalar, belirli hizmetleri tayin etmede, genel davranış kurallarına tâbi olmalı ve kendileri 'oyunun kurallarım istedikleri gibi yeniden yazma' konumunda bulunmamalıdır[101].

İdari tedbirlerden söz ettiğimiz vakit, genellikle muayyen kaynakların belirli hizmetlerin tayin edilebilir insan gruplarına verilecek hizmetlere doğru yöneltilmesini kastederiz. Bir eğitim veya sağlık hizmetleri sisteminin tesisi, belirli işlere veya mesleklere mali veya başka türden yardım, hükümetin kendisinin para çıkarma tekeli yoluyla sahip olduğu türden aletlerin kullanılması bu manada politika tedbirleridir. Aşikârdır ki, bu gibi tedbirler münasebetiyle, bilinmeyen kişiler tarafından bilinmeyen hedefler için kullanılacak imkânlar sağlamakla, belirli gruplara yardım edeceği beklentisi için imkân ve vasıtalar sağlamak arasındaki ayırım, bu iki uç nokta arasındaki birçok ara pozisyonla bir derece meselesi olur. Şüphesiz, hükümet, birçok zaruri hizmetin yegâne sağlayıcısı olursa, bu

hizmetlerin mahiyetini ve onların teslim edilme şartlarını belirlemek suretiyle, pazar düzeninin maddi içeriği üzerinde büyük bir tesir icra edebilir. Bu sebep yüzünden 'kamu sektörü'nün hacminin sınırlı olması ve hükümetin muhtelif hizmetlerini bu hizmetlerin belirli kimseler üzerindeki etkisi önceden görülebilir olacak şekilde koordine etmemesi çok önemlidir. Daha sonra göreceğiz ki, aynı sebepten dolayı, hükümetin, âdil davranış kurallarının uygulanmasından (icrasından) başka hiçbir hizmetin verilmesinde münhasıran bir hakka sahip bulunmaması ve böylece, belki geçmişte pazar kanalıyla sağlanması imkânsız olmuş olan şeyi pazar aracılığıyla sağlama olanakları belirdiği zaman, aynı türden hizmetleri pazar yoluyla sunmaktan diğer kuruluşları önleyecek bir konumda olmaması da önemlidir.

Özel hukukun 'sosyal yasama faaliyeti yoluyla kamu hukukuna dönüştürülmesi

Geride kalan yüzyıl boyunca, özgür bir toplumda sorun yalnızca evrensel âdil davranış kurallarına itaati teminat altına almak için caiz olduğu ilkesi terk edildi. Bu, esas olarak, 'sosyal' hedefler olarak adlandırılmış şey yararına yapıldı. Mamafih, burada kullanıldığı biçimiyle 'sosyal' dikkatli şekilde ayırt edilmesi gereken muhtelif türlerden kavramları ihtiva etmektedir.

İlkönce, sosyal, bilhassa emlâk sahipleri, işverenler, kredi veren kimseler vb. grupların hukukun oluşumu üzerindeki daha büyük etki gücünün bir sonucu olarak ortaya çıkmış olan hukuk yoluyla ayırımların kaldırılması anlamına geldi. Bununla beraber, bu demek değildir ki, yegâne alternatif, onun yerine, geçmişte haksızca muamele edilmiş sınıfı kayırmaktır ve hukukun her iki tarafa da aynı prensiplere göre aynı şekilde muamele ettiği bir 'orta' mevki mevcut değildir. Bu anlamda eşit muamelenin, belirli bir durumda bu gibi genel kuralların uygulanmasının bir grup için diğer gruplar için olduğundan daha uygun sonuçlara yol verip veremeyeceği sorusuyla bir münasebeti yoktur; adalet muhtelif işlemlerin sonuçlarıyla ilgili değildir, fakat yalnızca bu işlemlerin kendilerinin âdil olup olmadıklarıyla ilgilidir. Âdil davranış kuralları, her iki tarafın da mükemmelen âdil davranışıyla, bazı ülkelerde, işgücünün düşük verimliliğinin, herkesin iş bulabileceği ücret seviyesinin çok düşük olacağı ve aynı zamanda sermayenin

kazancının çok yüksek olacağı ve yüksek ücretlerin, bazılarına, sadece diğerlerinin katiyetle iş bulmasını önleyen yollarla garanti edilebileceği bir durum meydana getireceği gerçeğini değiştirmez.

Daha sonra göreceğiz ki bu çerçevede adalet, sadece bir serbest piyasada hilesiz, aldatmasız veya şiddetsiz belirlenmiş olan ücretler veya fiyatlar anlamına gelebilir ve anlamlı bir şekilde âdil ücretler veya âdil fiyatlar hakkında konuşabileceğimiz bu tek anlamda, tamamıyla âdil bir işlemin sonucu, gerçekten, bir tarafın bu işlemden pek az şey elde etmesi ve diğer tarafın pek çok elde etmesi olabilir. Klasik liberalizm, cihanşumül uygulanabilirlik yeteneğine sahip, tatbiklerinin belirli gruplar üzerindeki etkisinden bağımsız biçimde âdil olduğu kabul edilebilecek, keşfedilebilir âdil davranış ilkelerinin var olduğu inancına dayanmaktadır.

'Sosyal yasama faaliyeti', ikinci olarak, bazı talihsiz azınlıklar, zayıflar, veya onları kendileri için sağlamaya muktedir olmayan kimseler için özel bir öneme sahip bazı hizmetlerin hükümet tarafından tedarik edilmesini ima edebilir. Zengin bir cemiyetin hükümeti bu tür hizmet fonksiyonlarını - ahlâki temellerde veya herkesi etkileyebilecek kötü tesadüflere karşı bir güvence olarak- bir azınlık için sağlamaya karar verebilir. Bu gibi hizmetlerin tedarikinin vergi toplama ihtiyacını artırmasına rağmen, bu vergiler tekbiçim kurallara göre toplanabilir ve bu gibi üzerinde mutabakat sağlanmışa ortak amaçların maliyetlerine katkıda bulunma görevi genel davranış kuralları mefhumuna dahil edilebilir. Bu, hiçbir şekilde özel vatandaşı idarenin bir nesnesi yapmayacaktır, birey hâlâ kendi bilgisini kendi amaçları için kullanmakta serbest olacaktır ve bir organizasyonun amaçlarına hizmet etmek mecburiyetinde kalmayacaktır.

Mamafih, bir üçüncü tür 'sosyal' yasama vardır. Onun hedefi özel faaliyetleri belirli amaçlara doğru muayyen grupların yararına olacak şekilde yönlendirmektir. 'Sosyal adalet' boş gayesinden ilham alan bu cins gayretlerin sonucunda amaç bağımsız âdil davranış kurallarının (veya özel hukuk kurallarının) yavaş yavaş amaç - bağımlı organizasyon kurallarına (veya kamu hukuku kurallarına) dönüşmesi vuku buldu. 'Sosyal adalet'in bu şekilde takip edilmesi, hükümetler için vatandaşa ve onun mülkiyetine, muayyen grupların lehine olacak belirli sonuçları garanti etme hedefiyle, idarenin bir nesnesi olarak muamele etmeyi gerekli kıldı. Yasama

faaliyetinin hedefi belirli işçi grupları için daha yüksek ücretler, veya küçük çiftçiler için daha yüksek gelirler, veya şehirli fakirler için daha iyi iskan olduğu vakit, bu hedefler genel davranış kurallarını geliştirerek elde edilemez.

Hukukun 'sosyalizasyonuna yönelik bu tür gayretler çoğu Batı ülkelerinde birkaç nesildir vuku bulmaktadır ve daha şimdiden evrensel davranış kurallarının karakteristik özelliğini, herkesin aynı kurallar önünde eşitliğini, tahrip edecek kadar ileri gitmiştir. Geçtiğimiz yüzyılda Sozialpolitik adı altında başlamış olan ve ilk olarak Kıta Avrupası'nın diğer kesimlerine ve İngiltere'ye ve bu yüzyılda aynı zamanda Birleşik Devletler'e yayılan bu 'sosyal yasama'yı burada tarif edemeyiz. Muayyen sınıflar için özel kuralların yaratılmasına yol açmış olan bu gelişmenin bazı alâmetleri, işçi sendikalarına eşsiz imtiyazlar vermiş olan 1906 tarihli İngiliz Ticaret ihtilafları Yasası ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin, New Deal'in erken dönemleri boyuncaki, yasama organlarına, gerçekte yararlı telâkki ettiği her amaç için yasama organının istediği her kanunu çıkarabileceğini söyleyerek, 'halkın (insanların) hayati çıkarlarının muhafazası' için sınırsız güçler vermiş olan kararlarıdır[102].

Bu gelişmenin daha ileri gittiği ve sonuçlarının en geniş ölçüde ve en aşikâr biçimde kabul edildiği ülke onun ilk başladığı ülkedir. Almanya'da, o, geniş biçimde, bu sosyal hedeflerin izlenmesi, özel hukukun yerinin kamu hukuku tarafından gittikçe artan ölçüde kaplanmasını gerektirir biçimde anlaşılır hale geldi. Gerçekten, sosyalist düşüncenin hukuk alanındaki liderlerinin açıkça telaffuz ettiği bu doktrine göre, bireysel faaliyetlerin koordinasyonunu hedefleyen özel hukukun yeri, gittikçe artan ölçüde, itaate dayanan bir kamu hukuku tarafından alınacaktı ve 'bir sosyal hukuk düzeni için özel hukuk, sadece, kamu hukukunun her şeyi kapsayıcı alanı içinde muvakkaten verilmiş, geçici ve daimi surette azalan bir özel inisiyatif alanı olarak mütalâa edilecekti'[103]. Almanya'da, bu gelişme, ifadesini vatandaşın idarenin nesnesi olduğu ve idare hukukunun 'idare eden devlet ile devletin faaliyetlerinde yüz yüze geldiği teba arasındaki ilişkilere mahsus hukuk olduğu'[104] şeklindeki Batı dünyasında hâlâ genellikle anlaşılamaz durumdaki fikirlerde bulan bir Hoheit ve Herrschaft mistiğine dayalı olan,

yaşayan bir hükümetin esas itibariyle sınırsız güce sahip olmasını öngören gelenek tarafından ziyadesiyle kolaylaştırılmıştır.

Hükümet etme işiyle meşgul bir yasama organı zihni önyargısı

Bütün bunlar bu çalışmanın ikinci cildinde esas konumuzu teşkil edecek sorular ortaya çıkarmaktadır. Burada, onlara, âdil davranış kurallarının yapılmasının hükümet cihazının talimatıyla karıştırılmasının, hangi sebeplerle toplumun kendiliğinden doğan düzeninin gittikçe ilerleyen bir ölçüde bir organizasyona dönüşmesi sonucunu hasıl etmeye meylettiğine işaret etmek için kısaca temas edebiliriz. Sadece organizasyon sorunlarıyla iştigal etmenin, böylesine meşgul bir meclisin mensupları arasında üreteceği, esas iş olarak terimin klâsik anlamında kanun koymakla uğraşan bir mecliste hüküm sürecek olandan büsbütün farklı zihni tavıra, başlangıç kabilinden birkaç uyarının eklenmesi gereklidir.

İlkiyle meşgul bir meclis, gittikçe artan ölçüde ve kaçınılmaz biçimde, kendisini, yalnızca, bağımsız bir şekilde işleyen bir düzen için bazı hizmetleri sağlayan bir organ olarak değil, bir kimsenin bir fabrikayı işletişi veya herhangi bir diğer organizasyonu idare edişi gibi, 'ülkeyi idare eden' bir organ olarak düşünmeye meyleder. Her şeyi düzenleme otoritesine sahip olduğu için, herhangi bir şeye ait sorumluluğu reddedemez. Hükümetin ortadan kaldırmaya muktedir telâkki edilmeyeceği hiçbir özgül durumla ilgili şikâyet mevcut olmayacaktır; ve kendisi tarafından atılan her bir adımda genel olarak böyle bir derdi ortadan kaldırmaya muktedir olacağından, hükümetin, aynı zamanda bütün şikâyetleri (sıkıntıları) ortadan kaldırmaya muktedir olduğu farz edilecektir. Mamafih, şu bir gerçektir ki, belirli bireylerin veya grupların sıkıntılarının çoğu, yalnızca başka bir yerde yeni dertler yaratan tedbirlerle ortadan kaldırılabilir.

Tecrübeli bir İngiliz İşçi Partisi milletvekili, politikacının görevini bütün hoşnutsuzluk kaynaklarının ortadan kaldırılması biçiminde tanımlamıştır. Bu, şüphesiz, bütün belirli meselelerin hiçbir genel davranış kuralları setinin belirleyemeyeceği tarzda düzenlenmesini gerektirir. Fakat hoşnutsuzluk mecburen meşru hoşnutsuzluk demek değildir, ne de hoşnutsuzluğun mevcudiyeti onun kaynağının bütünüyle herkes açısından yok edilebileceğini kanıtlar. Gerçekten, bu, muhtemelen, hiç kimsenin önleyemeyeceği veya genel olarak kabul edilmiş prensiplere uygun olarak

değiştiremeyeceği durumlardan (şartlardan) dolayı böyle olacaktır. Hükümetin amacının, yeterince geniş sayıdaki kişiler tarafından benimsenen isteklerin, temsili organın bu isteklerin karşılanması için kullanabileceği araçlar üzerinde herhangi bir kısıtlama olmaksızın, tatmini olduğu fikri, içinde, belirli eylemlerin hepsinin, bir çoğunluk çerçevesinde pazarlık yoluyla üzerinde anlaşmaya varılmış ve daha sonra herkes üzerine gerçekleştirilecek 'ortak hedef olarak yüklenmiş ayrıntılı bir plana uygun olarak emir haline getirildiği bir toplum biçimine yol vermek durumundadır.

Notes

[←1]

On sekizinci ve on dokuzuncu asırlarda geniş biçimde kullanılan, zamanın haklı çıkardığı (şeref verdiği) ifade, 'sınırlı anayasa'dır, fakat daha erken dönem edebiyatında sınırlayıcı anayasa ifadesinin de zaman zaman ortaya çıktığı görülmektedir.

[←2]

Bkz: K.C. Wheare, Modern Constitutions, gözden geçirilmiş baskı (Oxford 1960), s. 202: “(Anayasaların) arkasındaki orijinal fikir hükümeti sınırlama ve idare edenlerin kanunlara ve kurallara uymasını icap ettirme fikridir”, keza bkz.: C. H. Mclwain, Constitutionalism: Ancient and Modern, gözden geçirilmiş baskı (Ithaca, N. Y., 1958) s. 21: “Bütün anayasal yönetim, tanımı gereği, sınırlı hükümettir.... Anayasacılığın bir asli niteliği vardır; o hükümetin kanuni bir şekilde sınırlanmasıdır, o keyfi yönetimin karşı - tezidir; onun zıddı despotik hükümet, iradenin (isteğin) hükümetidir”; C.J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy (Boston, 1941), bilhassa, bir anayasanın “hükümet eylemini etkili bir şekilde gemlemenin bir usulü” olarak tanımlandığı 131. sayfa.

[←3]

Bkz.: Richard Wollheim, 'A Pradox in the theory of Democracy', Peter Laslett ve W.G. Runciman (ed.); Philosophy, Politics and Society, ikinci diziler (Oxford, 1962) içinde, s. 72: “Modern demokrasi fikri, yöneten organ üzerine hiçbir sınırlamanın yerleştirilmediği bir yönetim biçimidir”.

[←4]

Bugün bir şeyin imkânsız olduğu iddiasına istihfafla bakmak ve bilim adamlarının önceleri imkânsız saydığı şeylerin sonradan mümkün olduğunun ortaya çıktığı durumlara işaret etmek modadır. Buna rağmen, bilimsel bilginin bütün ilerlemesinin, en sonunda, belirli olayların imkânsızlığını kavrama yeteneğinden mürekkep olduğu bir hakikattir. Sir Edmund Whittaker, bir matematikçi fizikçi, bunu 'Kudretsizlik ilkesi' olarak tanımlamış ve Sir Karl Popper sistematik biçimde bütün bilimsel kanunların esasen yasaklardan, yani, bir şeyin olamayacağı yolundaki savlardan oluştuğu fikrini geliştirmiştir; bkz. özellikle, Karl Popper, The Logic of Scientific Discovery (London, 1954).

[←5]

Bütün ahlâki ve siyasal sorunlara Kartezyen yaklaşımın en azından en yaygın biçimde benimsenen yorumunun implikasyonları, Alfred Espinas'ın Descartes et la Morale, 2 cilt (Paris, 1925)'sinde, özellikle 2. cildin başlangıcında açık biçimde gösterilir. Tüm Fransız Aydınlanmasına rasyonalizmin Kartezyen dalı tarafından hükmedilmesi hakkında bkz. G. de Rugiero, History of European Liberalism, çev. R.G. Collingwood (London, 1927), s. 21 ve diğer sayfalar:

Kartezyen okula on sekizinci asrın orta ve yüksek kültürünün hemen hemen bütün yorumlayıcıları mensuptur: Bilim adamları; kendilerinin tarihe karşı yakınmalarım irrasyonel kullanmalar ve suiistimallerin bir müzesi olarak tanzim eden ve bütün sosyal sistemi yeniden kurmaya çabalayan sosyal reformcular; hukukun az sayıdaki evrensel ve kendiliğinden doğru ilkelerden çıkarsanabilecek bir sistem olduğunu ve öyle olması gerektiğini düşünen hukukçular. Aynı zamanda bkz. Harold Laski, Studies in Law and Politics (London and New Haven, 1922), s. 20:

Rasyonalizm [Voltaire, Montesquieu vd. açısından] ne anlama gelir? O, esasen, Kartezyenizmin ilkelerini beşeri ilişkilere uygulama teşebbüsüdür. Sağlam, ortak zekânın sakınılamayan tanıklığını kaziyeler olarak al ve onlardan içerdikleri neticeleri çıkar.

[←6]

Descartes'ın kendisi bu tavrı, aşağıdaki sözleri Discours de la methode'de (2. kısmın başlangıcı) yazarak ifade etti: 'İsparta'nın büyüklüğü münhasıran onun kanunlarının her birinin üstünlüğünden dolayı değildi.... Fakat, bir tek birey tarafından meydana getirilmiş olan, onların hepsinin bir tek amaca meyletmesi olgusu sayesindeydi'. Bu fikrin bir on sekizinci yüzyıl yöneticisi tarafından karakteristik bir şekilde uygulanması için Prusya'nın II. Frederick'inin G. Küntzel'in Die politici-hen Testamenteder Hohenzollem (Leipzig, 1920) adlı çalışmasında zikredilen (cilt 2, s. 64) ifadesine bakınız. O, burada, Newton, Leibniz ve Descartes ile işbirliği yapmak mecburiyetinde olmamış olsaydı Nevvton kendisinin evrensel çekim sistemini ne kadar az dizayn etmiş olabilir idiyse, bir siyasi sistem de bir tek akim eseri olmazsa kendisini o kadar az ihdas ve muhafaza edebilir görüşünü savunur.

[←7]

Bkz.: R.S. Peters, The Concept ofMotivation (London, 1959), s. 5:

İnsan bir kural izleyici canlıdır (hayvandır). İnsanın eylemleri sadece amaçlara yönelik değildir; onlar aynı zamanda sosyal standartlara ve teamüllere uyarlar, ve bir hesap makinesine benzemeksizin, insan kurallar ve maksatlar münasebetiyle hareket eder. Meselâ, insanlara dürüstlük, dakiklik, insaflılık, cimrilik gibi karakter özellikleri atfederiz. Bu gibi terimler, ihtiras, veya şiddetli istek (açlık), veya sosyal arzu gibi, bir insanın izlemeye meylettiği türden hedefler göstermez; onlar, daha ziyade, onun, kendisinin hedefleri her ne olursa olsun, kendi davranışı üzerine yüklediği türden kaideleri gösterirler.

[←8]

Sık sık Karl Popper'in Açık Toplum terimini kullandığı anlamda kullanacağımız 'Büyük Toplum' ifadesi, şüphesiz, daha on sekizinci yüzyılda bilinen bir ifadeydi (Adam Smith ve Rousseau kadar, bkz., meselâ, Richard Cumberland, A Treatise on the Law of Nature (London, 1727), bölüm 8, kısım 9) ve modern zamanlarda, Graham Wallas bu ifadeyi kitaplarından birisi için başlık olarak kullanmak suretiyle (The Great Society (London and New York, 1920)) canlandırdı. Bu kavram umulur ki son dönemlerde bir Amerikan yönetimi tarafından bir siyasi slogan olarak kullanılması yüzünden uygun olmaktan çıkmıştır.

[←9]

Bkz.: A. M. Carr Saunders, The Population Problem: A Study in Human Evolution (Oxford, 1922), s. 223:

İnsanlar ve insan gruplan, aynen zihni ve fiziksel karakterleri münasebetiyle seçilişleri (ayıklanışları) gibi, tatbik ettikleri âdetler sebebiyle de seçilirler. Daha faydalı âdetleri icra den (uygulayan) gruplar, komşu (bitişik) gruplar arasındaki sürekli mücadelede, daha az yararlı âdetleri uygulayan grupla üzerinde bir üstünlüğe sahip olacaklardır. Pek az âdet, grubun nüfusunu arzu edilir bir sayıyla sınırlayan âdetlerden daha yararlı olabilir ve şu üç âdetten (kürtaj, küçük çocukların katli, cinsel ilişki olmaması) herhangi biri bir kere bu durumu ihdas ettikten nasıl onun, bir doğal seleksiyon süreci yoluyla, arzu edilir bir sayıya yaklaşma sonucunu üretecek şekilde uygulanma durumuna geleceğini anlamakta güçlük yoktur.

Bu temel fikrin çok dikkate şayan bir izahı W.K. Cliford'un iki denemesinde bulunacaktır: 'On the scientific basis of morals' (1873) ve 'Right and wrong: the scientific ground of their distinction' (1875), her ikisi de, W.K. Clifford, Lectures and Essays (London, 1879) de, cilt 2, s. 112-21 ve 169 - 72'de yeniden basılmıştır. En ilgili pasajlardan yalnızca bazılarını buraya alabiliriz.

Araçların bir amaca uydurulması halihazırda bildiğimiz iki yolla hasıl edilebilir: Doğal seleksiyon süreciyle ve içinde amaçla ilgili bir imajın veya bir fikrin araçların kullanılmasından daha önce geldiği bir zekâ aracılığıyla. Her iki durumda da, adaptasyonun mevcudiyeti amacın gerekliliği veya faydalılığıyla izah edilir. Bana, amaç kelimesini, her iki durumda da ve adaptasyon amacın gerekliliğiyle izah edildiği takdirde, istikbalde bilinir olabilecek diğer her durumda da, genel olarak belirli araçların adapte edileceği amacı kasteder anlamda kullanmak uygun görünmektedir ve 'nihai sebep' ifadesinin, eğer muhafaza edilecekse, bu daha geniş anlamda kullanılmasına bir itiraz yok gibi görünmektedir. 'Dizayn kelimesi, o zaman zekâ yoluyla adaptasyon özgül durumu için korunabilir. Ve o zaman diyebiliriz ki,

doğal seleksiyon süreci anlaşılmış olduğundan, amaç, insanların hareketinin bağımsız biçimde vuku bulmasının ihtimal dahilinde olduğu yerler (durumlar) haricinde, talimat verilmiş insanlara dizayn ilham etmeyi sona erdirmiştir (s. 117) Umumiyetle, bünyesinde, vicdanın insanların karakterinin vatandaşlar olarak iyileştirilmesine ve bu münasebetle kabilenin bekasına hizmet etmiş eylemleri tasdik ettiği kabileler hayatta kaldı. Bu sebepten, bireyin moral vicdanı, kabilenin tecrübesi üzerine kurulmuş olmasına rağmen, sezgiseldir; Vicdan hiçbir sebep vermez [s. 199]. Bizim doğru ve yanlış hissimiz gözleyebileceğimiz düzenden kaynaklanır.

[←10]

Bkz.: A.M. Carr - Saunders op. cit, s. 302: 'Zihni özellikler [fiziksel alandan (çevreden) ayrılmış olarak] geleneksel çevrenin bütününe intibak ettirilir, insanlar sosyal organizasyonların ihtiyaçlarına uygun olarak seçilir hale gelirler ve gelenekler miktar olarak büyürken, geleneği massetme kapasitesine de uygun olarak büyürler'; Peter Farb'ın Man's Rise to Civilization (New York, 1968) adlı kitabına da bakınız. Farb şöyle der (s. 13):

Kendilerinin değişik yaşama yollarına ulaşmakta, toplumlar bilinçli tercihler yapmazlar. Daha ziyade bilinçsiz adaptasyonlar yaparlar. Ne bütün toplumlara aynı çevre şartlan dizisi takdim edilir, ne de bu tercihler sunulduğu zaman bütün toplumlar aynı aşamadadırlar. Çeşitli sebepler yüzünden bazı toplumlar şartlara belirli bir tarzda intibak ederler, bazılan daha farklı bir tarzda intibak ederler ve diğerleri ise hiç intibak edemezler. Adaptasyon bilinçli bir tercih değildir ve bir toplumu teşkil eden insanların ne yapmakta olduklarını tamamen anlamaları gerekmez; bildikleri, yalnızca, bir tercihin, o yabancılara tuhaf görülenebilse bile, işlediğidir.

Daha fazlası için bkz.: Alexander Alland, Jr., Evolution and Human Behaviour (New York, 1967).

[←11]

Modern zamanlarda ilk olarak Oto Jespersen tarafından, Language, Its Nature, Development and Origin (London, 1922) adlı eserinde vurgulanmış olan kesin gözlem, aynı zamanda, Adam Ferguson tarafından, Principles of Moral and Political Science (Edinburgh), cilt I, s. 7'de zikredilmiştir: 'Gramer kurallarının üzerine kurulu olduğu lâtif ifade analojisi insaflı dehasına uygundur. Çocuklar analojiyi pratiğin ondan fiilen saptığı yerde izlemek suretiyle, sık sık onun tarafından yanıltılırlar. Nitekim, bir çocuk, kendisine oyuncağını nasıl elde ettiği sorulduğunda, Baba onu onun için aldı dedi.'

[←12]

Adam Ferguson, An Essay on the History of Civil Society (London, 1767), ş. 187: 'Milletler, gerçekten insan eyleminin sonucu (Mahsulü) olan, fakat, herhangi bir beşeri dizaynın icrası olmayan müesseseleri tesadüfen bulurlar. Ferguson'un eserinin son baskısında (Edinburgh, 1966), Duncan Forbes işaret etmektedir ki (s. xxiv):

Ferguson, Smith, Millar ve diğerleri (fakat Hume değil [?]), Durkheim'ın sosyal bilimin gelişmesine diğer herhangi bir şeyden daha fazla engel olduğunu düşündüğü ve Montesquieu'da bile bulunacak olan 'Devletlerin Kanun Koyucuları ve Kurucuları hurafesinden müstağni olmuştu. Kanun koyucu miti değişik sebeplerden dolayı, on sekizinci asırda gelişti ve onun tahribi belki de İskoç Aydınlanması sosyal biliminin en orijinal ve en cüretli darbesi idi.

[←13]

Bkz.: ibid, s. 231, Guillaume 'de Conches ve özellikle şu ifadesi: 'İnsanlar tarafından bir şeyin giderilmesi amacıyla konulmuş şey pozitif olandır (pozitif yasadır). Oysa doğal olan insan tarafından bulunmuş değildir'.

[←14]

Luis Molina, De iustitia et iure (Cologne, 15961600), tam 11, disp. 347, no.3:

'Buna doğal denir. Çünkü herhangi bir insana özgü yasa ve kararın dışında, şeylerin kendisinden meydana çıkar. Ama bu da gene birçok koşullara bağlıdır ve onlara göre değişir; örneğin insanın ruhsal durumunu, mizacına yaptığı tahmin ve değerlendirmelere, çeşitli âdet ve uygulamaların karşılaştırılmasına, hatta bazen de sadece insanın keyfine ve özgür seçimine göre değişir'.

[←15]

Johannes de Lugo, Disputationum de iustitia et iure tomus secundus (Lyon, 1642), disp, 26, bölüm 4, no. 40: 'Bizim kararsızlığımız hakkı matematiksel olarak değerlendirmemiz üzerinedir. Tanımlayamadığımız şey Tanrı'dan gelir'; keza bkz.: Joseph Höffner, Wirtschaftsethik und monopole im fünfzehten undsechzehnten Jahrhundert (Jena, 1941), s. 114-5.

[←16]

John Locke'un anladığı gibi. Bkz.: (Locke) Essays on the Law of Nature (1676), ed. W. von Leyden (Oxford, 1954):

Akıl ile... Sanmam ki burada düşünce silsilesini oluşturan ve kanıtları çıkarsayan anlama (idrak) yeteneği kastedilmektedir, fakat kendilerinden bütün faziletlerin neşet ettiği belirli kesin eylem ilkeleri ve ahlâkın uygun biçimde kalıplanması için gerekli olan şey kastedilmektedir... akıl bu doğal hukuku onu araştırdığı ve keşfettiği ölçüde tesis ve telaffuz etmez. Ne de akıl bu hukukun yorumlayıcısı olduğu kadar yapıcısıdır.

[←17]

Bkz.: Joseph Kohler; 'Die spanische Naturrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts', Archiv fur Rechtsund Wirtsc-haftsphilosophic, x, 1916 - 17, bilhassa s. 235; ve özellikle A.P.D' Entreves, Natural Law (London, 1951), s. 51 vd. ve 56. sayfadaki 'nasıl, ansızın, bile bile, sivil toplumu, onun uzuvlarının parçası namına iradenin bir tasarımlı eyleminin sonucu olarak açıklamaya koyulan bir doktrinle karşılaşırız'. Keza, bkz. John C.H. Wu, 'Natural law and our common law', Fordham Law Review, xxiii, 1954, 21-2: 'modern spekülatif, rasyonalistik Doğal Hukuk felsefeleri skolastik gelenek ana yolundan sapmalardır... Onlar daha çok geometrik biçimde yürürler'.

[←18]

J.M. Guyau'ıîun bu konuda çok anlamlı bir gözlemi vardır; La morale anglaise contemporaine (Paris, 1879), s. 5:

Bentham'ın çömezleri üstatlarını Descartes ile karşılaştırırlar. Descartes 'Bana maddeyi veriniz, size bir dünya yaratayım' derken, duygusuz ve hareketsiz bir dünyadan söz ediyordu.. Aynı şekilde, Bentham da, 'Bana, insan sevgisini, sevinç ve ıstırabı, acı ve zevki verin, size manevi bir dünya yaratayım. Bu şekilde, sadece, adalet değil, cömertlik, yurtseverlik ve yardımseverlik gibi tüm erdemleri üretebileceğim ' demişti.

[←19]
Edmund Burke'ün Hannover dönemi alimleri Ernst Brandes ve A.W. Rehberg yoluyla Alman tarihçi okulu üzerinde yaptığı etki için, bkz.: H. Ahrens, Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht, dördüncü baskı (Vienna, 1852), s. 64, ilk Fransızca basımı (Paris, 1838), s. 54; ve daha yenilerde Gunnar Rexius, 'Studies zur Staatslehre de historischen Schule', Historische Zeitschrift, cvii, 1911, Frieda Braun; Edmund Burke in Deutschland (Heildelberg, 1917); ve Klaus Epstein, The Genesis ofGerman Conservatism (Princeton, 1966).

[←20]

Bkz. Paul Vinogradoff, The Teaching of Sir Henry Maine (London, 1904), s. 8:

'O [Maine] hukukun incelenmesine, esasen, kendi kendisini Savigny ve Eichhom etrafında teşekkül etmiş olan Alman tarihçi hukuk bilimi okulunun rehberliği altında yaklaştı. Kadim hukukun ahit, akit, sahiplik vb. üzerindeki özgül söyleşileri onun Savigny'nin ve Puctha'mn yazılarına olan yakın bağlılığı hakkında hiçbir şüpheye mahal bırakmaz'.

[←21]

J.W. Burrow, Evolution and Society: A Study in Vic-torian Social Theory (Cambridge, 1966); Bentley Glass (ed), Darwinism and the Study of Society (London, 1961); Betty J. Meggers (Anthropological Society of MVashington'm editörü), Evolution and Anthropology: A Centennial Appraisal (Washington, 1959); ve C.C. Gillispie, Genesis and Geology (Camb-ridge, Mass., 1951) gibi yeni çalışmalara ilâveten, şu eserlere de bakınız: özellikle David Hume'un Charles Darwin'in büyükbabası Erasmus Darwin üzerindeki etkisi hakkında, H.F. Osbom, From the Greeks to Darwin, ikinci baskı (New York, 1929), s. 217; F. C. Haber, Bentley Glass (ed.) içinde, op. cit, s. 251; evrim teorisinin üç bağımsız kâşifi olan Charles Darwin, Alfred Russell Wallace ve Herbert Spencer'ın, bu fikri sosyal teoriye borçlu oldukları gerçeği hakkında bkz.: J. Arthur Thompson, 'Darwin's predecessors', A.C. Seward (ed.) Danvin and Modern Secience (Cambridge, 1909), s. 19; ve özellikle Darwin hakkında bkz.: E. Radl, Geschicte der Biologischen Theorien, II (Leipzing, 1909), s. 121. Keza, C.S. Pierrce'in 'Evolutionary love' (1893) adlı yazısı, ki bu yazı yazarın C. Harstom ve P.Weiss tarafından edit edilen Collected Works (Cambridge Mass, 1935) adlı eserinde yeniden basılmıştır. Altıncı cilt, s. 293'te şöyle demektedir: 'Darwin'in The Origin of Species'i, âdeta, yalnızca politik - ekonomik görüşlerin ilerleyişini bütün hayvan ve bitki alanına yayar'. Bütün manzara Simon N. Patten tarafından, The Development of English Thought (New York, 1899) adlı eserinde, gayet güzel özetlenmiştir. Sayfa xxiii'de şöyle der: 'Aynen Adam Smith'ın moralistlerin sonuncusu, ekonomistlerin ilki oluşu gibi, Darwin de ekonomistlerin sonuncusu ve biyolojicilerin ilkiydi'. Sir Frederick Pollock'un iyi bilinen pasajları da aynı şeyi tekrarlayacaktır. Pasajların ilki, Oxford Lectures and Other Discourses (London, İ890), s. 41'den alınmaktadır:

Evrim doktrini tabiat hadiselerine uygulanmış tarihi metottan başka bir şey değildir, tarihi metot insan toplumlarına ve bererî kurumlara tatbik edilmiş evrim doktrininden başka bir şey değildir. Charles Darwin tabiî tarih felsefesini (bu isim, diğer sebeplerden daha az olmamak üzere, organik tabiat bilgisini

ayrıntılar kalabalığından bir sürekli bütüne dönüştürmüş olan fikir sayesinde olanaklıdır) yarattığı zaman, C. Darwin'in alanına onun kendi alanlarına verdiği kadar az önem vererek, tarihi olguların sabırlı incelemesiyle sağlam ve rasyonel bir siyaset bilimi ve hukuk felsefesinin temelini koymuş olan büyük muharrirlerle aynı ruh hali içinde ve aynı hedef e yönelik olarak çalışıyordu. Yeterince bilmediğimiz ve saygı göstermediğimiz Savingy, veya, bildiğimiz ve saygı gösterdiğimiz, fakat yeterince saygı gösteremeyeceğimiz bizim Burke'ümüz, Darwin'den önceki Darwincilerdi. Aynı şey, bir dereceye kadar, diğerleriyle eşit olmayan fakat aydınlatıcı dehası bir formalistler kuşağı içinde kaybolan büyük Fransız Montesquieu için de söylenebilir.

İkinci pasaj Essays in the Law (London, 1922)'dan alınmadır (s.l 1): **'Ancient Law ve The Origin of Species, gerçekten, farklı dallarda, tek ve aynı entelektüel hareketin - Evrim kelimesiyle birleştiğimiz entelektüel hareketin - sonucuydu!'**

[←22]

Gerçekten, korkulur ki, evrimciliğin en hararetli savunucularından bazıları, Leslie A. White ve onun şakirtleri gibi, meşru 'özgül' evrimi, yukarıda tasvir edilmiş türden, 'genel' evrim olarak adlandırdıkları şeyle birleştirerek, canlandırılmış evrimci yaklaşımı bir kere daha itibardan düşürebilirler; bkz.: özellikle M.D. Sahlins ve E.R. Service, Evolution and Culture (Ann Arbor, Mich, 1960).

[←23]

Bu geleneğin başında B. de Spinoza'dan ve onun Ethics'deki sık sık iktibas edilen şu ifadesinden (Everyman basını, s. 187) muhtemelen bahsetmek gereklidir: 'Yalnızca aklın emirlerine uygun olarak yaşayan kimse özgürdür'.

[←24]

Bkz.: J. Piaget, The Child's Conception of the World (London, 1929), s. 359; 'Çocuk her yerde amaç arayarak başlamak durumundadır ve ancak ikinci planda, o, amaçları şeylerin kendilerinin amaçlan (animizm) ve şeylerin yapıcılarının amaçları (artificialism) olarak sınıflandırmayla ilgilidir'.

[←25]

Adam Smiht, The Theory of Moral Sentiments (London, 1759), Bölüm 6, kısım 2, sondan önceki paragraf. Söz konusu pasajın bu kitabın her tarafında kullanacağımız temel mefhumlardan ve terimlerden bazılarını ihtiva ettiğine işaret etmeye değer: Unsurların tasarımlı düzenlemesi ile zıtlaştırılmış olarak Büyük Toplum'un kendiliğinden doğan düzeni mefhumu; unsurlarda içkin kurallar (Hareket ilkeleri) ile onlara yasama (teşrii) tarafından yüklenen kurallar arasındaki uygunluk (tesadüf) ve zıtlık arasındaki ayrım; ve sosyal sürecin, eğer bu iki tür kurallar ahenk içinde ise düzgünce vuku bulacak, fakat çatışma içinde iseler düzensizlik hasıl edecek bir oyun olarak yorumlanması.

[←26]

Bkz.: Benim “The theory of complex phenomena' üzerindeki denemem, F.A. Hayek Studies in Philosophy, Politics and Economics (London and Chicago, 1967, bundan sonra S.P.P.E. olarak zikredilecek) içinde. Bu gerçekte başlangıçta, tamamıyla, beni popüler (yaygın) olmayan 'düzen' fikrine sürüklemiş (götürmüş) olan metodolojik mütalâaların sonucuydu; keza bkz.: F.A. Hayek, The Counter - Revolution of Science (Chicago, 1952), s. 39: 'Eğer, sosyal fenomenler, bilinçli olarak dizayn edildikleri durumlar haricinde hiçbir düzenlilik göstermemiş olsaydı, gerçekten bir teorik toplum bilimi için hiç yer olmayacaktı ve çoğu zaman iddia edildiği gibi, yalnızca psikoloji problemleri mevcut olacaktı'. Son tartışmalarda 'sistem' terimi benim burada 'düzen'i kullandığım anlamda, ki düzen kelimesi hâlâ bana tercihe şayan görünmektedir, kullanılmaktadır.

[←27]

Bkz.: E.E. Evans - Pritchard, Social Anthropology (London, 1951), s. 49; keza bkz.: ibid, s. 19.

Aşikârdır ki, sosyal hayatta düzenlilik ve tecanüs (Biçimdeşlikler) mevcut olmalıdır, toplum aynı türden düzene sahip olmalıdır, aksi takdirde toplumun üyeleri birlikte yaşayamazdı. Sadece, insanların, çeşitli hayat şartlarında kendilerinden beklenen davranış türlerini ve başkalarından ne tür davranış bekleyeceklerini bilmeleri ve faaliyetlerini kurallara tâbi olarak ve değerlerin rehberliği altında koordine etmeleri sayesindedir ki, her bir birey ve bütün insanlar kendi işlerine devam etmeye muktedirler. Öngörüler yapabilirler, olayları tahmin edebilirler ve hayatlarını diğer insanlarınkiyle ahenk içine sokabilirler, çünkü her toplum, kendisinden, onun çerçevesinde ve ona göre toplumun üyelerinin hayatlarım yaşadıkları tarzında söz etmemize müsaade eden bir biçime veya kalıba sahiptir.

[←28]

Bkz. J. Ortega y Gasset, Mirabeau o elpolitica (1927), Obras Completas (Mardrid, 1947) içinde, cilt 3, s. 603: 'Kendi içinde bir denge çıkarıncaya kadar, düzen toplum üzerinde etkide bulunan baskıdan başka bir şey değildir'.

[←29]

Bkz.: Vemer Jaeger, Paideia: The Ideals of Greek Cul-ture; çe. G. Highet, cilt 1, ikinci basım (New York, 1945), s.110, 'Miletus'lu Anaximander 'dike' kavramını şehir devletinin sosyal hayatından tabiat alanına naklederek... Bu kozmos felsefî idealinin orijinalidir: çünkü kelime orijinal olarak bir devlet veya bir topluluktaki doğru düzeni beyan etti'. Keza, bkz.: aynı yazarın, P.Sayre (ed.), Interpretations of Modern Legal Philo-sophies: Essays in Honour of Roscoe Pround (New York, 1947) içindeki 'Praise of law'u, bilhassa 358. sayfası:

Bu şekilde haklı gösterilmiş bir dünya, doğru (haklı) olarak, sosyal düzenden teslim alınan başka bir terimle, bir kozmos olarak adlandırılabilir. Bu kelime ilk defa Ionian filozofların dilinde ortaya çıkar; bu adımı atmak ve 'dike' kuralını bir bütün olarak realiteye uzatmak suretiyle, onlar, Yunan hukuk düşüncesinin mahiyetini açıkça ortaya serdiler ve onun adaletin varlıkla olan ilişkisine dayalı olduğunu gösterdiler.

Ve ibid., s. 361: 'Onun [Polis] üzerinde kurulu olduğu hukuk sırf bir irade (emir) değildi, fakat, orijinal olarak, yaşayan bütün âdetler tarafından neyin doğru neyin yanlış olduğu hakkında saygı gösterilen şeylerin toplamı anlamına gelmiş olan nomos idi'; ve hukuka duyulan eski Yunan inancının çözülüş devresi boyunca bile: 'nomos'un kozmosun mahiyetiyle olan sıkı ilişkisi evrensel olarak sorgulanmadı' gerçeği hakkında, ibid., s. 365. Nomos9u, Kozmos'dan ziyade taxis ile bağlantılandıran Aristotle için (bkz. Politics, 1287 a, 18 ve bilhassa 1326 a, 30: Nitekim yasa bir düzendir), nomos'dan hasıl olan düzenin, düzenleyicinin tetkik edebileceği şeyi aşmasının gerektiği fikri özellikle tasavvur olunmazdı. 'Çünkü kim düzenin savaş zamanındaki aşırı şişkin izdihamına kumanda edecektir. Veya, kim Stendor'un akciğerlerine sahip olmaksızın, onun habercisi olarak hizmet görecektir?'. Ona göre böyle bir kalabalık çeşitlilik içinde düzenin yaratılması yalnızca Tanrıların yerine getirebileceği bir görevdir. Aristotle, başka bir yerde (Ethics, ıx 3), yüz bin insanlı bir devletin, yani bir düzenlenmiş toplumun olanaksız olduğunu bile ileri sürer.

[←30]

Bkz. G. Sartori, Democratic Theory (Detroit, 1962),s. 306:

Batı insanı iki bin beş yüz yıl özgürlüğü hukukta aramıştır... [Ancak] özgürlüğün kanuni olarak korunmasının değeri hakkındaki yaygın şüphecilik haklı çıkartılmamış değildir. Bunun sebebi, hukuk mefhumumuzun değişmiş olması ve bir sonuç olarak, hukukun geçmişte bize vermiş olduğu himayeyi artık veremeyecek olmasıdır.

[←31]

Bkz.: R.W. Southern, The Making of Middle Ages (New Haven, 1953), s. 107 vd.:

Kural ile değil irade ile yönetilmiş olanların nefreti ortaçağlarda çok derinlerdeydi. İnsan özgürlüğe doğru daha çok yükseldikçe hareket alanı kanunla daha çok örtüldü, iradeye tâbi oldu... Kanun özgürlüğün düşmanı değildi; tersine, özgürlük, hatta bizim dönemimiz boyunca inkişaf etmiş olanı, şaşırtıcı kanun çeşitliliği tarafından çizildi... Hem yüksek hem alçak tabakadakiler aynı şekilde tâbi olarak yaşadıkları kuralların sayısının genişletilmesinde ısrar ederek özgürlük aradılar... Yalnızca özgürlüğün mahiyetinin şövalyelerin, şehirlilerin veya baronların statülerine bağlanmak suretiyle ifade edildiği zamandır ki, özgürlük gözlemlenebilir, analiz edilebilir ve ölçülebilirdi.... Özgürlük hukukun bir yaratımıdır ve hukuk eylemdeki akıldır; insanları, söylememiz gerektiği gibi, kendi başına amaçlar yapan akıldır. Tiranlık, ister Kral Johnyun isterse İblisin (şeytanın) tiranlığı olsun, hukukun yokluğunun ifadesidir.

[←32]

Belki, en kesin şekilde, Adam Ferguson, Principles of Moral and Political Science (Edinburgh, 1792), cilt 2, s. 258 vd.:

Özgürlük veya hürriyet, ismin menşeinin ima eder görünebileceği gibi, bütün sınırlamalardan muaflık değildir, fakat daha ziyade, her adil sınırın, özgür bir devletin, ister yargıçlar isterse teba olsun, bütün mensuplarına en tesirli biçimde uygulanmasıdır.

Ancak adil sınırlar altındadır ki her kişi emniyettedir ve kişisel özgürlüğünde olsun, mülkiyetinde, veya hilesiz eylemlerde olsun, tecavüz edilemez bir konumdadır... Sivil toplumda âdil ve etkili bir yönetimin kurulması özgürlük için gerekli olan bütün şartların en aslisidir: Herkesin, ikamet ettiği yerin hükemetinin onu yeterince himaye etmeye muktedir olması, aynı zamanda hükümetin ve kuvvetin istismar edilmesini önlemeye yeterli olacak kadar gemlenmesi ve sınırlanması oranında özgür olduğu haklı olarak söylenir.

[←33]

'Özgürlük, hukukun eseridir, hakka tecavüz eden yetkilendirilmiş aşırılıktan esaslı biçimde farklıdır' ifadesi Daniel Webster'a; ve 'Özgürlük ve hukuk birdir ve birbirinden ayrılamaz' ifadesi Charles Even Hughes'a atfedilir. Geçen asrın Avrupa Kıtali hukuk alimlerince sarfedilen buna benzer birçok ifade vardır; meselâ, Charles Beudant, Le Droit individual et Vefat (Paris, 1891), s. 5: 'Hukuk kelimenin en geniş anlamıyla özgürlüğün bilimidir'; ve bir yerde 'Adalet insan hürriyetinin bir numaralı değeridir' fikrini ileri süren Karl Binding'in ifadeleri gibi.

[←34]

Bkz. Jeremy Bentham, 'Principles of the civil code', Theory of Legislation içinde ed. C. K. Ogden (London, 1931), s 98: 'Kanunlar özgürlük pahasına olmazsa yapılamazlar'. Keza Deontology (London and Edinburgh, 1834), cilt 2, s. 59:

Türevleriyle birlikte bu özgürlük kelimesinden daha zararlı olmuş pek az kelime vardır. Sırf kapris ve dogmatizm ötesinde herhangi bir anlama geldiği zaman, o iyi yönetim demektir ve eğer iyi yönetim halkın zihninde özgürlük tarafından işgal edilmekte olan yerin aynısını işgal etme güzel talihine sahip olmuş olsaydı, siyasal iyileşmenin ilerleyişini gözden düşürmekte ve geciktirmekte olan suçlar ve budalalıklar işlenmiş olmayacaktı,. Özgürlüğün olağan tanımı, yani, kanunun yasaklamadığı her şeyi yapmak hakkı, avami söylemde veya yazı hayatında ne dikkatsiz kelimelerin kullanıldığını gösterir; çünkü eğer kanunlar kötüyse özgürlük ne işe yarar? Ve eğer kanunlar iyiyse özgürlüğün değeri nerededir? İyi kanunlar bir kesin, kolay anlaşılır anlama sahiptir; onlar, apaçık biçimde faydalı bir amacı aşikâr şekilde uygun olan araçlarla izlerler.

[←35]

Edmund Burke, 'Letter to W. Elliot' (1795), Works (London, 1808) içinde cilt 7, s. 366:

Doğal olanla siyasi olan arasındaki bu kıyaslar, bazen argümanları açıklayabilmelerine rağmen, kendileri için hiçbir argüman tedarik etmezler. Fakat onlar, sık sık, görünüşte doğru fakat gerçekte yanlış bir felsefenin etkisi altında tembelliğin ve korkaklığın çaresizliği için özürler bulmak ve ülkemizin zaruretleri yiğitçe gayretler için daha yüksek sesle davet yaptığı zaman, bütün kahramanca gayretlerin eksikliğini mazur görmek için kullanılırlar.

[←36]

Immanuel Kant, Kritik der Urteilskraft (Berlin, 1790), bölüm 2, kısım I, pasaj 65 n.: 'Kısa bir süre öncesine kadar, bir toplumu bir devlete dönüştüren organizasyon kelimesi daha çok mahalli idareler (parlamentolar) vb. anlamlarda kullanılıyordu ve şimdi bu değişim başarılı bir şekilde bütün devlet organlarına uygulanır hale gelmeyi başardı'.

[←37]

Bkz. H. Balzac, Autre etüde de femme, La Comedie Humanie içinde, Pleiade basımı, c.3, s. 226: 'Organize etmek, sözgelişi, bir imparatorluk kelimesi olup tümüyle Napolyon'da tecessüm eder'.

[←38]

Bkz. meselâ, H. de Saint Simon ve Auguste Comte'un edit ettiği Organisateur adlı dergi, Oeuvres de Saint Simon et d’Enfatin (Paris, 1865 - 78), cilt 20'de yeniden basıldı, bilhassa, eserin amacının '19. yüzyılın örgütçü karakteri' olarak tasvir edildiği 220. sayfa.

[←39]

Bkz. özellikle Louis Blanc, Organisation du Travail (Paris, 1839) ve sosyalist ve komünistlerin sihirli kelimesi 'organizasyon' (örgüt) hakkında, H. Ahrens, Rechtsphilosophie, dördüncü edisyon (Vienna, 1852), keza bkz.: Francis Lieber, 'Anglican and Gallican liberty' (1848), Miscallaneous Writings (Philadelphia, 1881) içinde, cilt 2, s. 385:

Anglikan özgürlük gelişmeye meyleder iken Gallikan özgürlüğün her şeyi organizasyondan beklemesi olgusu, neden Fransa'da kurumların böylesine az iyileştiğini ve yayıldığını; fakat iyileşmelere teşebbüs edildiği zaman, şeylerin önceki durumunun toplu ilgasını - ab ovo bir başlangıç-, ilk başlangıç prensiplerinin yeniden tartışılışını gördüğümüzü izah eder.

[←40]

Bkz. Ernest Renan, L'Avenir de la Secience (1890), Oeuvres completes (Paris, 1949) içinde, c.3, s. 757: 'BEŞERÎYETÎ BİLİMSEL OLARAK ORGANİZE ETMEK, işte bu, modern bilimin son sözüdür ve aynı zamanda gözüpek ve meşru iddiasıdır'.

[←41]

North Carolina Devleti'nin Anayasası. Fikir muhtemelen David Hume'dan kaynaklanmaktadır, Essays, Works III içinde, s. 482: 'Machiavelli der ki, bir yönetim (hükümet) çoğu zaman orijinal ilkelerine geri getirilmelidir.' Bu bölümün daha önceki bir basımı Towards Liberty, Essays in Honor of Ludwig von Mises (Menlo Park, Calif., 1971), C. I'de yer almıştır.

[←42]

Adam; Smith, Wealth of Nations, ed. E. Cannan (London, 1930), cilt 2, s. 184; keza bkz. John Locke, Second Treatise on Government, ed. P. Laslett (Cambridge, 1960), kısım 22: 'Kuralların emredici olmadığı yerde her şeyde kendi i护rademi (isteğimi) izlemek için bir özgürlük'.

[←43]

Bkz. A.V. Dicey, Lectures on the Relation between Law and Public Opinion During the Nineteenth Century (London, 1914), s. 257:

Devlet müdahalesinin kötü etkileri tedrici ve dolaylı olur ve görebilme mesafemizin dışında bulunur iken, devlet müdahalesinin yararlı etkisi, özellikle yasama faaliyeti biçimindeki müdahalede, doğrudan doğruyadır, hemendir ve öyle söylemek gerekirse, görülebilirdir... Bundan dolayı insanların çoğunluğu, mecburen, hükümet müdahalesine gereğinden fazla hoşgörüyle bakar. Belirli bir toplumda, bu doğal peşin hüküm sadece... bireysel özgürlük lehine bir önvarsayımın veya peşin hükümün yani laissez-faire'in varlığıyla önlenebilir.

Benzer şekilde, E. Küng, Der Interventionismus (Bern, 1941), s. 360: **'Birçok ekonomik - siyasi önlemlerin uygun ve istenilen etkileri bu önlemlerin uygulamaya geçirilmelerinin hemen ardından kısa bir süre sonra ortaya çıkmaya başlar. Fakat bunların bazen çok ağır olan geleceğe yönelik etkileri ise daha sonraları görülür'.**

[←44]

John Dewey tarafından Amerikan entelektüelleri üzerinde çok derinlere giden bir etkiyle vazedildiği gibi, bkz., meselâ, Dewey'in 'Force and coercion' denemesi, International Journal of Ethics, xvi, 1916, bilhassa s. 362: 'Zor kullanımın haklı olup olmadığı, özünde, (ekonomiyi kapsayarak) araçların amaçlan gerçekleştirmede verimliliği sorunudur'.

[←45]

David Hume, Essays, Works III içinde, s. 125 ve benim The Constitution of Liberty adlı kitabımın 113. sayfasında ve altıncı bölümünün 14 numaralı notunda iktibas edilen J.S. Mill'in ve Lord Keynes'in pasajlarıyla karşılaştırınız. Buna şimdi G. Mazzini'den kaynaksız iktibas edildiğini gördüğüm benzer bir ifade eklenebilir: 'Fikirler dünyayı ve dünya olaylarını yönetir. Bir devrim bir fikrin teoriden pratiğe geçişidir, insanlar ne derse desin maddi çıkarlar asla bir devrime sebep olmamıştır ve asla olmayacaktır'.

[←46]

O, bu sebeple, aynı zamanda, J.A. Schumpeter'in kendisiyle The Road to Serfdom hakkında Journal of Politcal Economy'ye (piv, 1946) verdiği bir mülâkatta nazikçe ileri sürdüğü gibi, 'bir hataya iltifat 'değildi, fakat, eğer o kitap 'muhaliflere entelektüel hata ötesinde herhangi bir şey atfetmese de', kesin faktörlerin neler olduğu hakkında derin bir kanaatti.

[←47]

Carl Schmitt'in izleyicilerinden birinin, George Dahm'm, Schmitt'in Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens (Hamburg, 1934) adlı eserini Zeitschrift für die gesam te Staatswissenchaft'da tenkit ederken (xcv, 1935) yazdığı (s. 181) gibi, Schmitt'in bütün çalışmaları, 'başından itibaren belli bir amaca yönelik olmuştur: Liberal hukuk devletinin maskesinin düşürülmesi ve yok edilmesi ile yasa koyucu devletin üstesinden gelinmesi'. Schmitt hakkındaki en uygun yorum Johannes Huizingia'dan, Homo Ludens (1944), İngilizce çevirisi (London, 1947), gelmiştir, s. 209:

İnsan aklından sadır olan, Schmitt'in ahbap - düşman ilkesi hakkındaki gaddar ve acıklı aldanışından daha acı ve daha derin hiçbir alçalma bilmiyorum. Onun gayri insani beyin faaliyetleri formel hukukun bir parçası olarak bile sağlam değildir. Çünkü vahim olan savaş değil fakat barıştır.. İnsan cinsi yalnızca bu acınacak ahbap - düşman ilişkisini aşmak suretiyle insanlık vakarına girecektir. Schmitt'in 'vahamet' türü sadece bizi barbarlık seviyesine geri götürür.

[←48]

Julius Paulus; İ.S. 3 asır Roma hukukçusu, Digests içinde, 50, 17.1: 'Doğru olan şey kuraldan türemez, fakat kural neyin doğru olduğuyla ilgili bilgimizden doğar'. Keza, bkz. on ikinci asır şerh yazıcısı Francis Accursius'un gözlemi, Digests ye şerh, II., pr. 9: 'Oysa hak adaletten gelir, sanki annesi gibi. Öyleyse haktan önce adalet olmuştur'. Bu bölümde tartışılacak problemler kompleksinin bütünü hakkında bkz. Peter Stein, Re-gulae Iuris (Edinburgh, 1966), bilhassa s. 20: 'orijin olarak lex, ius'un beyan edicisi idi'.

[←49]

Bernhard Rehfeld, Die Wurzeln des Rechts (Berlin, 1951), s. 67:

Kanun koyma fenomeninin ortaya çıkmasının anlamı dünya insanlık tarihinde haklıyı haksız yapma sanatının bulunması demektir. O zamana kadar değil kanun koymak, kanunun kullanılabileceği bile düşünülmemişti. Çünkü bu zaten hep böyleydi O nedenle kanun yapma fikri, bu düşünceye uygun olarak, o zamana kadar, sonuçlan bakımından en ağır olan bir buluştu. Hatta onun bulunuşu ateşin ve barutun keşfinin sonuçlarından da etkili olmuştur denebilir. Çünkü her şeyden önce insanın kaderi şimdi kanun koyucunun ellerine teslim ediliyordu.

[←50]

Zamanımızın birçok filozoflarının vasfı olan bu hayal, Lord Keynes tarafından, bana gönderdiği, 28 Haziran 1944 tarihli, R.F. Harrod, The Life of John Maynard Keynes (London, 1951), s. 436'da iktibas edilen bir mektupta ifade edildi. Bu mektupta, Lord Keynes, benim The Road to Serfdom kitabım hakkında yorumda bulunarak şunu söylemekteydi: 'Yanlış bir şekilde düşünen ve hisseden kimseler tarafından yapıldıkları takdirde cehenneme yol olacak olan tehlikeli eylemler doğru düşünen ve hisseden bir toplumda emniyet içinde yapılabilir'.

[←51]

David Hume, Treatise II, s. 306:

Fakat, insanoğlunun yönetimsiz (hükümetsiz) küçük bir barbar toplumunu muhafaza etmesinin mümkün olmasına rağmen, adaletsiz ve mülkiyetin istikran, mülkiyetin rıza ile transferi ve vaatlerin yerine getirilmesiyle ilgili temel kuralların gözlenmediği herhangi bir tür toplumu muhafaza etmeleri imkânsızdır.

Keza, bkz. Adam Ferguson, Principles of Moral and Political Science (Edinburgh, 1972), cilt I, s. 262:

Ahenk ve teamülün ilk hedefi, insan namına topluma mevcudiyet vermek değildir, fakat insanın kendisini içine tabiaten yerleştirilmiş bulduğu toplumu mükemmelleştirmektir; itaat ilişkisi kurmak değil, halihazırda kurulmuş olan itaatin kötüye kullanılmasını düzeltmektir: Ve, insanların siyasal dehasının üzerinde işleyeceği (çalışacağı) madde, şairlerin tasvir ettiği gibi, müziğin sihirleri veya felsefenin ibretleri tarafından gruplar halinde bir araya getirilecek, ferdiyet halindeki, seyrek bir cins değildir. Fakat o siyasal eylemin onu taşıyacağı noktaya çok daha fazla yakın bir materyaldir, sırf içgüdüyle bir araya getirilmiş, zengin ve fakir ilişkisi, veya diğer arızi ilişkiler içine, veya, gerçekte, azınlığın çoğunluğu yönetme durumunda olduğu bir parçanın bütün üzerinde üstünlük sahibi olduğu bir iktidar ve bağımlılık münasebeti oluşturan ilk ayırım ilişkisi içine eğilse bile, anne - baba ile çocuk ve efendi ile köle arasındaki emretme - itaat etme ilişkisi içine yerleştirilmiş bir insan grubudur.

ve Carl Menger, Problems of Economics and Sociology (Urbana III. 1963), bilhassa s. 227:

En orijinal biçiminde milli hukuk, kesin olarak, bir sözleşmenin veya ortak refahın teminini hedefleyen bir düşüncenin sonucu değildir. Ne de, milletle birlikte verildiğinde, gerçekten, tarihçi okulun ileri sürdüğü gibidir. Daha ziyade, o, ortak refahın temini düşüncesinin belirişinden daha eskidir. O, en güçlü bağlardan, bir

bölgenin insanlarının onun aracılığıyla bir millet olduğu ve devlet organizasyonuna ulaştığı en güçlü bağlardan biridir.

[←52]

Aynı cinslerden hayvanların ayrı ayrı grupları arasındaki farklı 'kültürel' geleneklerin gelişmesinin en iyi belgelenmiş, en geniş bir biçimde incelenmiş örneği Japonların macaque maymunları örneğidir. Bu maymunlar nispeten yakın zamanlarda insanların terbiye ediş kapasitesinin genişlemesi sayesinde ve kısa bir zamanda açıkça ayırt edilebilir kültürel özellikler kazanmış görünen farklı gruplara ayrılmışlardır. Keza, bu meselede bkz. J.E. Frisch, 'Research on primate behaviour in Japan', American Anthropologist, Ixi, 1959; F. Imanishi, 'Social behaviour in Japanese monkeys: “Macaca Fuscata”, Psychologia, I. 1957; ve S. Kawamura, “The Process of sub-cultural propagation among Japanese macaques\ C.H. Southvvich (ed.) Primate Social Behaviour (Princeton, 1963).

[←53]

V.C. Wyne - Edvvards, Animal Dispersion in Relation to Social Behaviour (Edinburgh, 1966), s. 456; keza bkz. ibid., s.12:

Bir toprak parçasının, rekabet nesnesi olarak, her bireyin veya aile biriminin istifade edebilmek için ayrı bir kaynağa sahip olacağı şekilde, onun fiilen ihtiva ettiği besinin yerine geçmesi, sınırlayıcı sözleşmenin en basit ve en doğrudan türüdür... Daha sonraki bölümlerde yoğunluk sınırlayıcı faktörlerin neredeyse sonsuz çeşitliliğini incelemeye geniş yer tahsis edilmektedir... Şimdi mütalâa edilen besin bölgesi yeterince somuttur... Soyut hedeflerin özellikle sürü halinde yaşayan cinslerin özelliği olduğunu göreceğiz.

Ve ibid, s. 190:

Bu durumda, insan cinsi söz konusu olduğu sürece, kompleksłik derecesi hariç, çok az yeni şey vardır; bütün teamüli davranış karakter itibariyle asli olarak sosyal ve moraldir; ve böyle olması münhasıran beşeri bir özellik olmaktan uzaktık nüfus yoğunluğunun optimum seviyeyi aşmasını önlemek için tekâmül eden birincil teamül kodunun yalnızca en alçak omurgalılardan kaynaklanmadığını fakat omurgasız bazı canlılar (phyla) arasında da iyice yerleşik göründüğünü buluruz.

[←54]

Belki kesin olarak belirtilmelidir ki, ifade edilmiş ve ifade edilmemiş kurallar arasındaki ayırım yazılı ve yazılı olmayan hukuk arasındaki daha alışkın olduğumuz ayrılığın aynısı değildir- ne bu terimlerin lafzi anlamında, ne de yazılı hukukun bazen Common Law'a zıt olarak yazılı hukuk olarak tarif (tasvir) edilmesi anlamında. Şifahi olarak nesilden nesile nakledilen yazılı olmayan hukuk bütünüyle ifade edilmiş olabilir ve çoğu zaman öyle olmuştur. Ancak, Common Law gibi bir hukuk sistemi, ilk defa haklı olarak mevcut olan hukuk olarak telâkki etmekte olduğu şeyi ifade ediyor olan bir yargıç tarafından kelimelerle ifade edilecek olan, henüz ifade edilmemiş kuralların nazarı itibara alınmasına müsaade edecektir.

[←55]

Bu, şüphesiz, bu insanların, daha sonra, onu kodifıye etmiş olmalarından dolayı, hukukun yapıcıları olarak telâkki edilir hale gelmelerini önlemedi. Bkz. John Bumet, 'Law and Nature in Greek Ethics', International Journal of Ethics, vii, 1897, s. 332:

Fakat bilinen bir kanun koyucu, bir Zalenkos veya bir Chorondas, bir Lykurgus veya bir Solon tarafından tertip edilmiş bir hukuk kodu, bu şekilde şeylerin daimi düzeninin parçası olarak kabul edilemezdi. O, açıkça 'yapılmış' idi ve doğa nokta-i nazarından suni ve keyfiydi. Ya o şekilde yapılmış ya da hiç yapılmamış olarak göründü. Kanunları yapılmaktayken görmüş bir kuşak bütün ahlâkın da aynı şekilde 'yapılmış' olup olmadığını sormaktan kendini alıkoyamazdı.

[←56]

Bkz. Lord Acton, History of Freedom (London, 1907), s. 12:

Önemli bir durumda bir araya toplanmış Atinalılar, seçtikleri bir şeyi yapmaktan engellenmelerinin gerekmesinin korkunç olduğunu; mevcut hiçbir gücün onları sınırlayamayacağını ilân ettiler ve hiçbir görevin onları sınırlamaması gerektiğine, kendi yapımları olmayan hiçbir kanunla bağlı olmayacaklarına karar verdiler. Bu şekilde Atina'nın hür insanları bir tiran oldu.

[←57]

Aristotle, Politics, IV, iv, 4, 1292a, Loeb basımı, s. 305.

Bu gibi bir demokrasinin katiyetle bir anayasal yönetim olmadığını söylemek makul bir eleştiri olarak görünecektir; çünkü kanunların yönetmediği yerde hiçbir anayasa mevcut değildir... Yargıçlar ayrıntıları kontrol ederken hukuk her şeyi yönetmelidir ve biz bunu anayasal yönetim olarak kabul etmeliyiz; o zaman eğer demokrasi gerçekten anayasa biçimlerinden bireyse, aşikârdır ki, içinde (bünyesinde) her şeyin meclisin kararlarıyla idare edildiği, bu tür bir organizasyon, kelimenin hakiki anlamında bir demokrasi bile değildir, çünkü oylanan bir kararın evrensel bir kural olması imkânsızdır.

[←58]

İbid. Keza bkz. Max Rheinstein, 'Process and change in the cultural spectrum coincident with expansion: govemment and law', C. H. Kraeling ve R.M. Adams (ed.), City Invincible (Chicago, 1960) içinde, s. 117:

Cari davranış normlarının yasama faaliyeti yoluyla tesis edilmiş olabileceği fikri Yunan ve Roma tarihinin daha sonraki devletlerine mahsustu; Batı Avrupa'da bu fikir Roma hukukunun keşfine ve mutlak monarşinin yükselişine kadar uyku halindeydi. Bütün hukukun bir egemenin emri olduğu yolundaki önerme bütün hukukun halkın uygun bir şekilde seçilmiş temsilcilerinden sadır olmak mecburiyetinde bulunduğu şeklindeki Fransız Devrimi demokratik ideolojisi tarafından doğurulmuş bir postüla idi. Mamafih, bu, gerçeğin doğru bir tasviri değildi, hele Anglo - Sakson Common Law ülkeleri için hiç doğru değildi.

Özellikle Roma hakkında bkz. Theodor Mommsen, Ab-riss des römischen Staatrechts (Leipzig, 1893), s. 319: 'Aynı şekilde toplumun da katılmasıyla birlikte mahalli meclis zaten var olan hukuk düzeninin dışına çıkma serbestliğine sahip değildi. Tam zıttına, geçerli olan, Comitie'ler tarafından çıkarılıp çıkarılmadığına, veya, aynı şekilde, kanunların sevilip sevilmediğine bağlı olmaksızın bu hukuk düzeninin daha çok ebedi ve değişmez olarak görülmesiydi'.

[←59]

F.A. Hayek, The Constitution of Liberty (London and Chicago, 1960), s. 63 ve 5 ve 6 numaralı dipnotlarda zikredilen yazarlara ilaveten, bkz.: R. Sohm, Frankische Reichs - und Gerichts verfassung (Weimar, 1871), s. 102: 'Halk hukuku Alman hukukunun hukukudur. Kanun koyma gücü devlet gücünde bulunmamaktadır. Fermanlar hukuk normları değildirler, aksine, kralın iktidarının uygulanmasına yarayan normlardır'. J.E.A. Jolliffe, The Constitutional History of Medieval Englandfrom the English Settlement to 1845, ikinci baskı (London, 1947), s.334:

On üçüncü yüzyılın ileri dönemlerine kadar tevarüs edilmiş bir hukuk çerçevesinde yaşayan toplum mefhumu (fikri) kralı kanun - yapıcı sıfatından mahrum etmişti ve commune consilium'u teamülün tanınmasına ve hak ve prosedür düzeltmelerine bölgelerde kurulan geçici mahkemeler yoluyla katılmayla sınırladı. Hiç şüphesiz, hayati değişiklikler yapıldı, fakat bunlar onların yasama yoluyla yapılmış değişiklikler olma gerçek mahiyetini gizleyecek tarzda yapıldı.

Bu pasaja eklenen bir dipnot Bracton'un yalnızca yasaları değiştirmeyi değil, fakat onları daha iyiye götürmeyi caiz gördüğünü göstermektedir. Benzer bir mütalâa şurada bulunabilir:

F. Fichtenau, Arenga, Spatantike und Mittelater im Spiegel von urkunden formeln (Graz and Cologne, 1957), s. 178: 'Önceleri krala kanun koyma geleneği zaten verilmiş bulunuyordu. Hukuk ve kanun ondan üstündü ve bu yeni durum şimdi eskisinde haklılığını bulmak durumundaydı'.

[←60]
Kaynağını kaybettiğim bu pasajın F.W. Maitland'a ait olduğuna inanıyorum. Keza, bkz. A.V. Dicey, Law of the Constitution, dokuzuncu baskı (London, 1939), s. 370:

Meseleyi münhasıran hukuki noktai nazardan gören bir hukukçu, bir tarafta Bacon ve Wentworth ve diğer tarafta Coke ve Eliot gibi devlet adamları arasındaki ihtilaftaki asıl konunun, Kıta Avrupası tipi güçlü bir idarenin İngiltere'de kurulmasının gerekip gerekmediği olduğunu ileri sürmeye mütemayildir.

[←61]

Bkz. W.S. Holdsworth, A. History of English Law, cilt 5 (London, 1924), s. 439:

Coke'un yazılarındadır ki bu [common law'un üstünlüğü fikri] ve diğer ortaçağa ait fikirlere modern biçimleri verildi; ve bu sebeple genellikle onun yazılarının tesirinden dolayıdır ki bu ortaçağ kavramları bizim modern hukukumuzun parçası olmuştur. Eğer onların modern hukukumuzun bazı parçaları üzerindeki etkisi bütünüyle tatminkar olmadıysa, hatırlayalım ki, onlar İngiliz insanını işkencenin kullanılmasına müsaade eden bir cezai yöntemden kurtarmışlardır ve İngiltere ve dünya için kanun hakimiyeti anayasal doktrinini muhafaza etmektedirler.

[←62]

Bkz. David Hume , Essays (London, 1875), cilt 2,s.274:

Sivil (medeni) kanunlar kadar, mülkiyeti düzenleyen bütün tabiat kanunları da, geneldirler ve bütün ilgili kişilerin karakterlerini, durumlarını ve bağlantılarını veya bu kanunların tespitinden hasıl olabilecek hiçbir sonucu, herhangi bir davada nazarı itibara almaksızın, sadece davanın bazı asli (temel) şartlarını, durumlarını göz önünde tutarlar. Onlar, iyiliksever bir adamı, vicdani bir üzüntü duymaksızın, bütün mülkünden, eğer onlar haksız yere elde edilmiş ise, mahrum kılarlar; bu mallan daha şimdiden büyük bir gereksiz zenginlik yığmış olan bencil bir cimriye vermek için. Kamu yaran mülkiyetin esnek olmayan genel kurallarla düzenlenmesini gerektirir; ve bu gibi kuralların aynı kamu yararına en iyi şekilde hizmet etmeleri yüzünden benimsenmesine rağmen onların, bütün belirli cefaları önlemeleri, veya faydalı sonuçlan her bireysel davadan (durumdan) hasıl olur kılmaları mümkün değildir. O, eğer bütün plan veya proje sivil toplumun desteklenmesi için gerekli ise ve iyinin dengesi, ekseriyetle, bu sebeple, kötünün dengesinin hayli üstündeyse yeterlidir.

[←63]

Modern zamanlarda bile hukukun gelişmesi için yargısal yapılageliş tedrici sürecine ve bilgince yorumlara (şerhlere) güvenme keyfiyeti Bruno Leoni tarafından ikna edici biçimde ortaya konulmuştur, Liberty and the Law (Princeton, 1961). Fakat, onun argümanının sadece yasamanın hukuku (kanunu) değiştirebileceğine veya değiştirmesi gerektiğine inanan hakim ortodoks görüşlere etkili bir panzehir olmasına rağmen, bu çalışma beni yazarın esasta meşgul olduğu özel hukuk sahasında bile yasama faaliyeti olmaksızın yapabileceğimize ikna etmedi.

[←64]

Bkz. W. S. Jevons, The State in Relation to Labour (London, 1882), s. 33.' (İngiliz Parlamentolarının 650 yıllık yasama faaliyetlerinden) öğrendiğimiz büyük ders, işgücü hakkındaki yasama faaliyetinin hemen hemen daima sınıf-yasaması olmuş olduğudur. O bazı egemen organların mahzurlu emeller sergilemeye başlamış olan daha aşağıdaki bir sınıfı bastırma çabasıdır'.

[←65]

Bkz. David Hume, op. cit, cilt 1. s. 125: 'insanların büyük ölçüde çıkar tarafından yönetilmesine rağmen, çıkarın kendisi ve bütün beşeri ilişkiler tamamıyla fikir tarafından idare edilir!'

[←66]

Strabo, Geography, 10, 4, 16, H.L. Jones'un hazırladığı Loeb baskısında, cilt 5, s. 145. Strabo bizim çağımızın başlangıcında yaşamış iken, Strabo'nun iktibaslar yaptığı ve eserlerinden yalnızca parçalar muhafaza edilebilmiş olan Kyme'li Ephorus M.Ö. 400-330 civarında yaşamıştır.

[←67]

Bkz., meselâ, Î.S. dördüncü yüzyılda yaşamış gramerci Sevius'un ifadesi (zikredildiği yer, P. Stein, Regulae luris (Edinburgh, 1966, s. 109: 'Hukuk geneldir, ama yasa özel bir şeydir. Hukuk yazılı olmayan şeye ilişkindir, oysa yasalar yazılmış olan hukuka ilişkindir'; Bir ölçüde haklı gerekçelerle (Alvaro d'Ors tarafından De la Guerra de la Paz (Madrid, 1954), s. 160, zikreden Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsatze (Berlin, 1958), s. 427) ileri sürülmüştür ki, Çiçero'nun Yunanca nomos terimini ius yerine lex ile çevirmiş olması bir talihsizliktir. Çiçero'nun lex terimini kullanışı için özellikle bkz.: De legibus, II, v-vi, Loeb basımı, C.W. Keyes (London, 1929), s. 384 -6: 'Yasa haklılarla haksızların ayrılmasıdır...Başka türlü herhangi bir yasayı, ona sahip olmak bir yana, yasa diye adlandırmaya bile değer bulmam!'

[←68]

Bkz. H. Triepel'in sık sık iktibas edilen ifadesi, Festgabe der Berliner juristischen Fakültat für W. Kahl (Jübingen, 1923), s. 93; 'Kutsal olan kanun değildir, kutsal olan sadece hukuktur ve hukuk kanunun üzerindedir'.

[←69]

Bkz. James Coolidge Carter, Law, Its Origin, Growth and Function (New York and London, 1907), s. 59: 'Bir kimsenin başka bir kimseye karşı şikâyetleri, ister sivil ister cezai mahiyette olsun, şikâyetçinin neyin yapılmış olması gerektiği ile ilgili beklentilerine ters bir şeyin yapılmış olmasından zuhur eder; Keza bkz. ibid, s. 331:

Başlangıçta insan davranışını idare eden büyük genel kural, yani davranışın doğru beklentilere uyması gerektiği, hâlâ, bilimsel kuraldır. Bu kurala uyan bütün davranış biçimleri bir diğeriyle tutarlıdırlar ve kabul edilmiş âdetler olurlar. Ona uymaz olan bütün davranışlar kötü pratikler olarak damgalanır. Bu sebepler adet (teamül) heyeti ahenkli bir sistem olmaya meyleder.

Hak ettiği kadar iyi bilinmeyen bu önemli eser hakkında bkz. M.j. Gronson, 'The Juridical evolutionism of James Coolidge Carter', University ofToronto Law Journal, 1953.

[←70]

Sık sık 'diğerleri üzerinde hüküm süren bir grup'tan söz etmek mecburiyetinde olduğumuz için, belki şu vurgulanmalıdır: Bu zorunlu olarak bir güçler çatışmasında zafer doğacağı veya hatta böyle bir grubun üyelerinin diğer grupların ferdi üyelerinin yerini alacağı demek değildir. Fazlasıyla muhtemeldir ki, bir grubun başarısı diğer grupların mensuplarını cezbedecektir ve böylece ilk olarak onlar gruba katılmış olacaklardır. Bazen başarılı grup belirli bir toplum çerçevesinde bir aristokrasi olacak ve bunun sonucu olarak geri kalanlar davranışlarını bu grubun davranışlarına göre şekillendirecektir. Fakat bu durumların çoğunda daha başarılı grupların üyeleri çoğu defa hangi hususiyete başarılarını borçlu olduklarını bilmeyeceklerdir, ne de bu özelliği neyin ona dayandığını bildikleri için geliştireceklerdir.

[←71]

İlk doğal hukuk teorisyenlerinin çoğu hukuk kuralları ile onların hizmet ettiği eylemler düzeni arasındaki bu ilişkiyi kavrama ferasetine yaklaşmışlardı. Bkz. Roscce Pound, lnterpretations of Legal History (New York, 1923), s. 5:

Gerçekte, doğal hukuk teorisi çerçevesinde çalışan hukukçu veya metin - yazan veya yargıç veya kanun koyucu, bütün durumları (şartlan), onlara zamanın ve mekânın sosyal düzeninin idealize edilmiş bir resmini ve bu düzenin özellikleri anlamında bir hukukun hedefleri fikrini mal ederek ölçtü ve bütün güçlükleri aynı şekilde çözmeyi denedi... Bundan dolayı, sosyal düzen ideali, hukuki kurumların, kuralların ve doktrinlerin, onun yansımalarını veya beyanlarını teşkil ettiği, nihai gerçeklik olarak kabul edildi.

Bununla beraber, ortaçağın sosyal düzen mefhumu, yine de, genellikle farklı bireylerin veya sınıfların özel statüleriyle bağlantılı bir mefhumdu ve ancak daha sonraki dönemlerdeki İspanyol bilim adamlarının bazıları herkes için tek biçim bir hu-' kuka dayanan soyut bir düzen kavramına yaklaştı.

[←72]

Bu, kuşkusuz, Immanuel Kant'ın (ve Herbert Spencer'ın) özgürlüğün hukuk tarafından sınırlanmasının yegâne meşru temeli olarak 'diğerlerinin eşit özgürlüğü' hakkındaki formülümle ima edilir.

[←73]

Bkz. P. A. Freund, 'Social Justice and the Law’ R. B. Brandt (ed.). Social Justice (New York, 1962) içinde, s. 96. 'Makul beklentiler, hukukun mahsulü olmaktan daha ziyade hukukun temelidir'.

[←74]

Heinrich Demburg, Pandekten, ikinci basım (Berlin, 1988), s. 85: 'Hayat şartlan bazen daha az veya daha çok gelişmiş olsa da, kendi ölçülerini ve kendi düzenlerini kendileriyle birlikte taşırlar, işte şeylerin içinde bulunan bu düzene eşyanın tabiatı denir. Bu eşyanın tabiatına hukukçu geri gitmek durumundadır, eğer orada pozitif bir norm noksan ise veya bu düzen eksikse (tamamlanmamışsa) veya hatta yeterince açık değilse'.

[←75]

Bkz. O.W. Holmes, Jr. The Common Law (New York, 1963), s. 7:

Hukukun özü mantık olmamıştır, tecrübe olmuştur. Zamanın hissedilen gereklilikleri, cari (geçerli) ahlâk ve siyaset teorileri, kamu politikası kurumlan, kabul edilen, şuursuz ve hatta yargıçların dahi diğer insanlarla paylaştığı önyargılar, insanların onlar vasıtasıyla yönetilmesi gereken kuralları belirlemekte mantıki kıyaslardan çok daha fazlasını yapma gücüne sahiptir.

Keza, bkz. Roscoe Pound, Law and Morals (Chapel Hill, N. C., 1926), s. 97:

'Hukukun problemi bilinçli özgür iradeli varlıkları birbirine müdahaleden alıkoymaktır. O, her birinin kendi hürriyetini diğerlerinin hepsinin özgürlüğüyle uyumlu (tutarlı) biçimde kullanılacak şekilde düzenlemek için öyledir, çünkü insanların hepsi kendi başlarına amaçlar olarak kabul edileceklerdir'.

[←76]

Paul Van der Eycken, Methodepositive de Vinterpretation juridiçue (Brussels and Paris, 1907), s. 401:

Eskiden hukuk, kanun koyucunun bilinçli bir arzusunun ürünü olarak kabul edilirdi. Bugün ise ona doğal bir güç atfedilir. Eğer hukuka bir doğal sıfatı atfedilmek istenirse, bu daha önceden belirttiğimiz gibi, geçmişteki doğal hukuk kavramından farklı bir anlamda olacaktır. Geçmişteki doğal hukuk anlayışına göre tabiat hepimize, ciltlerce kanun maddesinin sadece uygulamasını temsil ettiği bir akıl bahşetmiştir. Günümüzün 'doğal hukuk' anlayışına göre ise hukuk olaylar arasındaki fiili ilişkilerden doğmalıdır. Bu ilişkinin kendisi gibi doğal hukuk da sürekli olarak hareketlidir. Kanun yapıcı, bu hukukun bir parçasının iradesini temsil eder ve bunu yayınladığı kurallarla ortaya koyar. Bu iradenin temel esprisini nereden çıkarabiliriz? Kuşkusuz kaynağından, yani sosyal hayatın dayattığı zorunluluklardan. Aynı şekilde, kanun boşluklarını doldurma söz konusu olduğunda mantıki dedüksiyonlara değil, zorunluluklara çözüm aranır.

[←77]

C. Perelman ve L. Olbrechts - Tyteco, La Nouvette Rhetorique - traite de Vargumentation (Paris, 1958), cilt 1, s. 264 - 70, özellikle s. 46: Contradiction et Incompatibilite ve s. 47: Procedes permettant d'eviter un incompatibilite, bunlardan sadece birkaç anlamlı pasaj iktibas edilebilir burada, s. 263:

Bağdaşmazlık, ya şeylerin doğasından ya da beşeri kararlardan kaynaklanır. Bağdaşmazlıklar, kanun veya kutsal metinlerin, ahlâk veya adalet kurallarının, belli durumlara tatbikinden de kaynaklanabilir. İki öneri arasındaki çelişki, şekilci ve hiç olmazsa tek anlamlı kavramlar düzeninde geçerliyken; bağdaşmazlık doğal yasalara, özel olaylara veya insanların kararlarına göre değişen şartlarla ilgilidir.

Benzer biçimde keza bkz. Charles P. Curtis, 'A better theory of legal interpretation, Vanderbilt Law Review, iii, 1949, s. 423:

'En önemli kriter hukukun bütün geri kalan kısmıyla tutarlılıktır. Bu sözleşme veya şu sözleşme, tam bu veya şu yasanın daha büyük bir parça olmasının doğru olması kadar doğru bir şekilde bizim toplu hukukumuzun çok küçük bir parçası olacaktır ve adaletin daha büyük (geniş) hedeflerinin olmasına rağmen, hukukun kendi umutlarını üzerine koyduğu meziyet, insicamdır'.

[←78]

Bkz. Jürgen von Kempski, 'Bemerkungen zum Begriff der Gerechtigkeit, Studium Generale, xii, 1959, aynı yazarın Recht und Politik (Stutgart, 1965) eserinde yeniden basıldı, s. 51: 'Biz bunu söylerken özel hukuk düzenlerinde bir sözleşme prensibinin temel teşkil ettiğini vurgulamak gerekir' ve aynı yazarın Grundlagen zu einer Strukturtheorie des Rechts, Abhandlungeen der Geistes - und Sozialwissenchaftlichen Klasse der Akademie der Wissenschaften und Literatür in Mainz içinde, 1961, n.2, s. 90:

'Biz bunu sorarken hangi yapısal gerekliliklerin, davranışlara, eğer bunların birbirleriyle bağdaşır olmaları icap ediyorsa uymaları gerektiğini, uyma mecburiyetleri olduğunu soruyoruz. Diğer bir ifadeyle biz davranışların birbirleriyle çarpışmadıkları bir dünyanın varlığını gözlemliyoruz'.

[←79]

John Milton, The Tenure of Kings and Magistrates, Works içinde, ed. R. Fletcher (London, 1938), s. 27: 'Tanrının onlara vermiş olduğu toprakta, kendi miraslarındaki ailenin efendileri olarak, bütün tasarruf etme ve ekonomik olarak kullanma hürriyetinin kökündeki güç'

[←80]

Jeremy Bentham, The Theory of Legislation, ed, C.K. Ogden (London, 1931), s. 113: 'Mülkiyet ve hukuk birlikte doğmuştur ve birlikte ölmelidir'.

[←81]

Sir Henry Maine, Village Communities (London, 1880), s. 230: 'Hiç kimse bireysel mülkiyete saldırmak ve aynı zamanda uygarlığa değer verdiğini söylemek özgürlüğüne sahip değildir. Bu ikisinin tarihi birbirinden ayrılamaz.'

[←82]

Lord Acton, The History of Freedom (London, 1907), s. 297: 'Özel mülkiyet kurumuna karşı olan bir halk, özgürlüğün ilk unsurlarından yoksundur'.

[←83]

Bkz. A. I. Hallovvell, 'Nature and function of property as a social institution', Journal of Legal and Political Sociology, i, 1943, s. 134:

Bazı tür mülkiyet haklan gerçekte sadece evrensel değildir, fakat onlar aynı zamanda bireylerin temel ekonomik süreçlerdeki rolünün yapısallaştırılmasında (teşkilâtlandırılmasında) bir temel faktördürler yolundaki iddiamız noktai nazarından, on sekizinci asır düşünürlerinin, onların muhakemeleri bizimkinden daha farklı çizgilerde ilerlemiş olmasına rağmen, mülkiyet haklarının asli önemini hissetmiş olmaları önemlidir.

Keza, bkz. H. I. Hogbin, Law and Order in Polynesia (London, 1934), s. 77 vd ve B. Maîinowski'nin Freedom and Civilization'ı (London, 1944) kadar, bu esere yazdığı girişe de bakınız.

[←84]

Bu görüşün en etkili ifadesi muhtemelen C. Beccaria'nınkidir, On Crimes and Punishment (1764), çev. H. Paolucci (New York, 1963), s. 15: 'Bir yargıcın, bünyesindeki ana kaziyenin genel hukuk ve ikinci derecede önemli şeyin eylemin genel hukuka uyup uymadığı olması gereken ve sonucun beraat veya cezalandırma olması icap eden, mükemmel bir mantıki kıyası tamamlaması lüzumludur'.

[←85]

Paul A. Freund, 'Social justice and the law’ R. Brandt (ed.), Social Justice (Englewood Cliffts, N.J., 1962) içinde, s. 94, ve yazarın denemelerinin toplandığı On Law and Justice (Cambridge, Mass, 1968) içinde, s. 83. Bunu J. W. Hurst'ün Law and Social Process in U. S. History (Ann Arbour, Mich 1960). 5'teki şu ifade ile karşılaştırınız: 'Bol miktardaki karşı söyleme rağmen bizim esas çalışma felsefemiz, daima, öyle yapmak suretiyle başarılacak faydalı bir şey gördüğümüz yerde, kaynakları yaşama şartlarım olumlu biçimde etkileyecek şekilde tahsis etmek olmuştur... Hukuk insan ihtiyaçlarının tatmini için kıt kaynaklar arasında tercihen yapmak ve uygulamak için örgütlenmek anlamına gelmektedir'.

Bu bölümün başlığında kullanılan Yunanca thesis terimi (ki Almanca Satzung terimine tekabül eder) hakkında bkz. John Bumet, 'Law and Nature in Greek Ethics', International Journal of Ethics, vii, 1897, s. 332. Bumet burada göstermektedir ki, nomos'un tersine ki nomos orijinal olarak 'fayda' demektir, thesis, ya hukukun verilmesi veya bu şekilde verilmiş kanunların benimsenmesi anlamına gelebilir ve o böylelikle yalnız orijinal yasama organı teorisinin tohumunu değil fakat aynı zamanda Sosyal Sözleşme olarak bilinen teorinin de tohumunu taşır'.

[←86]

Bkz. Edward Coke'un 'Dr. Bonhajn's Case', 8 Rep. 118a (1610) içindeki meşhur ifadesi: 'Ve kitaplarımızda belirir ki, birçok durumlarda, ortak hukuk Parlamento Yasalarını kontrol edecektir ve bazen onların tamamen geçersiz olduğuna hüküm verecektir: Çünkü bir parlamento yasası ortak doğruya ve akla karşı olduğu, veya uygun olmadığı, veya ifa edilmesi imkânsız olduğu zaman, Common Law onu kontrol edecek ve böyle bir Yasa'nm geçersiz olduğuna karar verecektir'. Bu durumun öneminin tartışılması için bkz. C. H. Mcllwain, The High Courtof ParUament (New Haven, 1910); T. F. T. Blucknett, 'Bonham's case and judicial revievv', Hanvard Law Quarterly, xı, 1926 - 7; ve s. E. Thome, 'Bonham's case', Law Quarterly Review, Iiv, 1938. 1766 yılı gibi geç bir tarihte bile William Pitt parlamentoda şunu ileri sürebilmekteydi. (Parliamentary History of England (London, 1813), cilt 6, sütun 195): 'Bir parlamentonun yapamayacağı birçok şey vardır. O kendisini yürütme organı yapamaz, krala ait daireleri bertaraf da edemez. Çitleme vakasında olduğu gibi, hiç kimsenin, hatta en namert köylünün bile mülkiyetini, o, yargısal süreç işlemeksizin, alamaz'.

[←87]

Bkz. J. C. Carter, Imw, Its Origin, Growth, and Functi-on (New York ve London, 1907). s. 115: 'Yasama faaliyetinin zuhurunda onun sahası ile Kamu Hukukunun alanı hemen hemen bitişikti. Özel Hukuk alanına pek dokunulmamıştı'.

[←88]

Bkz. Courtenay Ilbert, Legislative Methods and Forms (Oxford, 1901), s. 208: 'İngiliz Yasama Organı orijinal olarak teşrii amaçlar için değil mali amaçlar için teşkil edildi. Onun başlıca fonksiyonu, kanunlar yapmak değil, fakat yardımlar ihsan etmekti'.

[←89]

Bkz. J. C. Gray, Nature and Sources of Law, ikinci baskı (New York, 1921), s. 161: 'Bir kanun genel bir kuraldır. Yasama organı tarafından alınan bir kasabanın Timothy Coggan'a yüz dolar ödeyeceği yolundaki bir karar bir kanun değildir'.

[←90]

Bkz. J.C. Carter, op. cit., s. 116:

Kanun kitaplarının çok sayıdaki ciltlerinde, kanunlar biçiminde olmalarına rağmen, kelimenin doğru anlamında kanunlar olmayan çok geniş madde (konu) yığınları buluruz. Bunlar kamu işlerinin muhafazası, barınakların, hastanelerin, okul ve evlerin yapılması ve buna benzer birçok mesele için tedbir alınmasından mürekkeptirler. Lâkin, bu, devletin üzerine aldığı iş konusuyla ilgili devlet eylemlerinin kaydıdır. Devlet, çok geniş bir faaliyet yığınını sevk eden bir büyük kamu kurumudur ve bunun için yazılı tedbirler, kanunlar biçiminde olmasına rağmen, tutanaklardan veya eylemlerini kaydeden sıradan şirket heyetlerinden temelli biçimde farklı değildir... Esas olarak doğrudur ki yasama organı bütün hacmiyle Kamu Hukukuyla sınırlıdır ve onun Özel Hukuk üzerinde işleyişi uzaktır, dolaylıdır ve yalnızca yazılı olmayan örf âdet hukukunu daha kolayca ve daha kesin biçimde uygulanır yapmayı hedeflemektedir.

Keza, bkz. Walter Bagehot, The English Constitution (1967), World's Classics basımı (Oxford, 1928), s. 10: 'Sözde kanunlar yapmak için seçilmiş yasama organı, gerçekte kendisinin asıl işlevini bir yürütme organı oluşturmakta ve onu muhafaza etmekte bulur'; ve ibid., s. 119:

Gerçekten, yasama faaliyetinin çok büyük bir bölümü, hukuk biliminin sahih lisanında, katiyetle yasama faaliyeti değildir. Bir kanun birçok durumlara uygulanabilir genel bir emirdir. Kanun kitaplarını kalınlaştıran ve parlamento komitelerini bezdiren 'özel yasalar ' yalnızca bir duruma uygulanabilir. Onlar demiryollarının kendilerine uygun olarak yapılacağı kurallar koymazlar, fakat belirli vasıflardaki bir demiryolunun bu yerden şu yere yapılmasını emrederler ve diğer hiçbir işlem hakkında hiçbir tavır (mana)ları yoktur.

[←91]

Courtenay Ilbert, op. cit., s. 6 Keza bkz. ibid., s. 209 vd.:

Hukuk bitimi üzerindeki kitapların müellifleri hukuk hakkında yazdıkları zaman, profesyonel hukukçular hukuka dair konuştukları vakit, onların esas itibariyle üzerinde düşündükleri hukuk türü, Justinian'ın Institutesyunda veya Napolyon Kodlarında, veya Alman İmparatorluğumun Yeni Sivil Kodu'nda bulunmakta olan hukuktur, yani akitler ve haksız fiillerle, mülkiyetle, aile ilişkileri ve mirasla, veya Ceza Kanununda bulunacak şekliyle suçlar hukukuyla ilgili kurallardır. Onlar, aynı zamanda, mevsuf hukuk kurallarının mahkemeler tarafından tatbik edilmesini düzenleyen usul hukukunu, veya Benthamik bir terim kullanırsak, 'şekli hukuku' da ihtiva edecektir. Bu hukuk dallan belki 'hukukçuların' hukuku olarak adlandırılabilecek şeyi oluşturur.

[←92]

Bkz. M J.C. Wile, Constitutionalizm and the Speration ofPowers (Oxford, 1967); ve W.B. Gwyn, The Meaning of the Separaüon of Powers, Tulane Studies in Political Science, IX (New Orleans, 1965). Gwyn, kuvvetler ayrılığı idealinin, onun kanun hakimiyeti, mesuliyet ve verimlilik olarak etiketlediği üç büsbütün farklı düşünce tarafından ilham edildiğini göstermektedir. Kanun hakimiyeti tezi yasama organının, yalnızca, bütün özel kişileri ve yönetimi eşit derecede bağlayan âdil davranış kuralları çıkarabilmesini gerektirecektir. Verimlilik argümanı bir meclis işleri (faaliyetleri) verimli biçimde sevk edemeyeceğinden eylem yetkisinin (iktidarının) yönetime verilmesini gerektirirken, hesap sorulabilirlik (mesuliyeti) argümanı gerçekte zorunlu olarak hükümeti idare eden az sayıdaki insanları temsili meclise karşı sorumlu kılmayı hedefler. Aşikârdır ki ikinci ve üçüncü zeminde meclis aynı zamanda yönetimle de ilgili olacaktır, fakat yalnızca bir nezaret edici veya denetleyici yetkisiyle.

[←93]

M.J.C. Vile, op. cit., s. 63: 'Yasama gücünün kendisi kendisine uygun vazifeyle sınırlıdır. John Locke'un görüşü, yasama otoritesi belirli bir şekilde hareket edecektir... bu otoriteyi kullananlar sadece genel kuralları yapmalıdır şeklindeydi. Onlar, belirli durumlarda değişmeyecek, ilân edilmiş, yerleşik kanunlar tarafından yönetileceklerdir'. Keza bkz. ibid., s. 214 ve 217.

[←94]

J. Bentham, Consdtutional Code, Works içinde, IX, s.119:

Niçin yasamayı her şeyi yapmaya yetkili kılmalıyız?... Çünkü, bu onu, üstün terkip edicinin iradesini ve devletin üyelerinin güvenlik ve çıkarlarının ilerletilmesini yerine getirmeye daha iyi muktedir kılacaktır... Çünkü, mevcut anayasa gibi bir anayasada, onun üzerine sınırlama koyacak her pratik, tahayyül edilebilecek bütün biçimlerde kötülüklere gebedir. Her sınırlama genel mutluluk ilkesiyle çelişki içindedir.

[←95]

G.W.F. Hegel, Philosophie der Weltgeschicte (Ges-sellschaft, Staad, Geschicte) ed. F. Bülow, (Leipzig, 1931) s. 231 (özetlerinden alınmıştır), s. 321:

Fransa'daki ilk anayasa mutlak hukuk prensiplerini içinde bulunduruyordu. Bu anayasa krallığın anayasallaştırılmasıydı; devletin başında bir kral bulunmalıydı ve krala bakanlarıyla birlikte hukukun uygulanması yetkisi verilmeliydi. Buna karşılık kanun koyucu organ kanunları yapmalıydı. Fakat bu anayasa diğer yandan bir iç çelişki ile karşı karşıyaydı. Çünkü, yönetimin bütün gücü kanun koyucu güce devredilmişti: Bütçe, savaş ve barış, silâhlı gücün kaldırılması kanun yapıcı organlara bırakılmıştı. Fakat bütçe kavram itibariyle bir kanun değildir. Zira her yıl değişmektedir. Ve onu yapabilmeye muktedir olan güç ise hükümetin gücüdür. Hükümet de İngiltere Parlamentosunda olduğu gibi iki meclise ayrıldı.

[←96]

Bkz. J. C. Carter, op. cit., s. 234:

'Bu şekilde yapılmış, özel şeylerin yapılmasını gerektiren teşrii emirler yönetim (hükümet) mekanizmasının bir parçasıdır, fakat, birbirleriyle ilişki içindeki insanların olağan davranışlarını idare eden kurallara ilişkin parçadan çok farklı bir parçadır. O, özel hukuktan ayırım yoluyla, yerinde bir terimle, kamu hukuku olarak tanımlanır'.

Keza bkz. J. Walter Jones, Historical Introduction to the theory of Law (Oxford, 1956), s. 146:

Mesela devletin özünün üstün gücün sahipliği olduğu görüşü vardır. Kamu hukuku, kendisinin devletle ilişkisinden dolayı, zor karakteristiği tarafından öylesine güçlü bir şekilde damgalanmış görünmektedir ki, hukukçunun en fazla ilgili olduğu kurallarda aynı şekilde telaffuz edilen düzen ve intizamı gölgede bırakılmaktadır. Sonuç olarak kamu hukuku ile öze hukuk arasındaki fark bir derece farkından ziyade bir tür farkı olur - zor ile kural arasındaki bir fark. Kamu hukukunun hukuk olması ya tamamen biter, veya en azından özel hukukun hukuk oluşu anlamında hukuk olması sona erer.

Diğer kutupta esas itibariyle bir bağımsız kamu hukuku bilimiyle meşgul olan hukukçular bulunur. Onlar kabul etmek mecburiyetindedirler ki, bugün özel hukuk olarak gruplandırılmış kuralların hukuk ismine haklarının olduğunu reddetmek için çok geçtir, fakat, onlar kamu hukukunu oluşturan, zora dayanan kurallar heyetini, özel hukuka kıyasla daha aşağıda bulunduğunun bir kanıtı olarak kabul etmekten uzak olarak, kamu hukukunda daha ziyade asli bir üstünlük işareti görürler... Bu sebeple ayırım itaat ilişkileriyle koordinasyon ilişkileri arasındaki bir ayırım olur.

Organizasyon kurallarından oluşan bir yapı olarak anayasa hukuku ile davranış kuralları olarak özel hukuk arasındaki en açık ayırım W.

Burkhardt tarafından çizilmiştir. Einführung in die Rechtswıssenschaft, ikinci basım (Zürich, 1948), bilhassa s. 137.

Birincisi (teşrii kanun) [kamu hukuku ile özel hukuku birbiri ile karşı karşıya getiren çifte farklılık] hukuk normlarının temel farklılığına dayanmaktadır: maddi normlar veya davranış normları hukukçulara ne yapıp yapmamaları gerektiğini anlatırlar, formel veya organizasyonel normlar ise ne ile ve hangi metot ile davranış kuralları koyulmalı, uygulanmalı ve (zorunlu olarak) kabul ettirilmelidir, onları belirlerler. Bunların ilkini davranış normları, İkincisini ise metot normları veya Anayasa normları olarak tanımlamak mümkündür. Aynı şekilde birinciler maddi İkinciler ise formel normlar olarak tanımlanabilir. Birinci normlar hukukun içeriğini, yani hukuken talep edilen davranışı, İkincisi ise bu kararın geçerliliğini anlatmaktadır.

Burkhardt'ın ayırımı bilhassa diğer İsviçreli yazarlar tarafından kabul edilmiş görünmektedir; bkz. özellikle Hans Nawiaski, Allagemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe (Zürich, 1948), s. 265, ve C. du Pasquier, Introduction a la theorie generale et la phisophie du troit, üçüncü baskı (Nauchatel, 1948), s. 49. Mamafih, bkz. H. L. A. Hart, The Concept of Law (Oxford, 1961), s. 78:

Pekâlâ temel veya birincil tip olarak mütalâa edilebilecek bir tip kurallar çerçevesinde insanların, isteseler de istemeseler de, belirli tür eylemleri yapmaları veya onlardan geri durmaları istenir. Diğer tip kurallar bir anlamda ilk tip üzerinde yaşayan asalak veya ikincil kurallardır; çünkü onlar varsayarlar ki insanlar belirli şeyleri söyleyerek veya yaparak ilk türden kurallar dercedebilirler, eski kuralları ortadan kaldırabilir veya ıslah edebilirler, veya değişik yollarla onların kapsamım tayin veya işleyişlerini kontrol edebilirler.

Keza bkz. Lon L. Fuller, The Morality of Law (New Haven, 1964), s. 63: 'Bugün, hukuku, davranış kuralları ile değil, fakat güç veya emir hiyerarşisi ile özdeşleştirme yolunda güçlü bir eğilim vardır'; ve ibid, s. 169, ki burada yazar, 'mutat, vatandaşa yönelik davranış kuralı anlamında hukuk ile genel olarak hükümet eylemi anlamında hukuk arasındaki bir karışıklıktan söz eder.

[←97]

Ulpian, Digests, I, ı, ı, 2, özel hukuku tek tek kişilerin yararını gözeten hukuk ve kamu hukukunu Roma devlet işlerinin durumuna ilişkin hukuk olarak tanımlamaktadır.

[←98]

Bkz. Emest Barker, Principles of Social and Political Theory (Oxford, 1951), s. 9: 'Onun bir kısmı asıl ve anayasal ve bir kısmı ikincil veya olağan hukuktur'.

[←99]

Bkz. J. E. M. Portails, Discours Preliminaire du premier projet de code civil (1801), Conference du Code Civil (Paris 1805) içinde, cilt I, s. xıv: Tecrübeler insanların egemenliği yasalardan daha kolay değiştirdiğini göstermiştir'; keza bkz: Huber, Recht, Staat und Gesellschaft (Bern, 1965), s. 5: 'Devlet (kamu) hukuku geçicidir, özel hukuk kalıcıdır'. Bununla beraber, maalesef, Alex de Tocquevile'in uzun zaman önce işaret ettiği üzere, anayasaların geçici ve idare hukukunun kalıcı olduğu da doğrudur.

[←100]

Bu bakımdan Alman yazınında en karakteristik ve en tesirli tenkit A. Haeneî'in, Studien zum deutschen Staatsrecht, II. Das Gesetz im formelîen und materieîlen Sinn (Leipzig. 1888), s. 225-6, E. Seligmann'in Der Begriff des Gesetzes im materieîlen und formelîen Sinn (Berlin, 1866). s. 63'te yer alan, anayasa hukukunun temel kurallarının dışında tutulacak olması temelinde, 'soyut ve daha önceden görülmesi mümkün olmayan çok sayıda olayları düzeleyen' bir kuraldır şeklindeki Rechtssatz tanımlamasının eleştirisidir. Gerçekten, o böyle yapar ve Amerikan Anayasasının babalan, eğer onların eserinin Common Law'da gömülü âdil davranış kurallarına üstün olmasının murat edildiği ileri sürülmüş olsaydı, muhtemelen dehşete düşmüş olurlardı.

[←101]

Hans J. Morgenthau, The Purpose of American Politics (New York, 1960), s. 281: 'Çağımızda, hâlâ hakem olmaktan başka, devlet, sonuçtan emin olmak için genel gidişat içinde, oyunun kurallarını yeniden yazan en güçlü oyuncu olmuştur'.

[←102]

Bkz. Paul Vinogradoff, Custom and Right (Oslo, 1925), s. 10:

1906 Sendikal Anlaşmazlıklar Yasası sendikalara elemanlarının haksız eylemlerinden dolayı cezai takibata uğramadan muafiyet vermiştir ve bu muafiyet hizmet sözleşmesi (vekâlet hukuku- law of agency) ile ve keza şirketlerin memurlarıyla temsil edilmiş olduğu 1883 Mevzuat Düzenlemeleri ile aşikâr bir uyuşmazlık içindedir. Hukukun bu ahenksiz durumunun sebebi, yasamanın, sendikalara işverenlerle mücadelelerinde müsait bir konum sağlama kararında (niyetinde) bulunacaktır.

Keza bkz. A. V. Dicey, J. A. Schumpeter ve Lord Mac-Dermott'un, F. A. Hayek, The Constitution of Liberty (London and Chicago, 1960), s. 504, not 3'teki yorumları.

[←103]

Home Building and Loan Ass. v. Blaisdell, 290, U.S. 398, 434, 444, 1934, ki, buna göre, devlet, 'halkın hayati çıkarlarını himaye etme ve bu amaçla [sözleşme] şartının bu şartın devletlerin kendilerinin temel çıkarlarını koruma kapasitesini kısmak için bir alet olarak kullanılması yoluyla bozulmasını önleme' yetkisine sahiptir.

[←104]

Gustav Radbruch, 'Von individualistischen Recht zum sozialen Recht' (1930), Der Mensch im Recht (Göttingen, 1957), içinde yeniden basıldı, s. 40:

Ferdi hakların düzenlendiği bir hukuk düzeni içinde kamu hukukunda devlet sadece küçük bir koruyucu çerçeveye oturmaktadır. Burada devlet özel hukuk ile özel mülk arasında gidip gelmektedir. Fakat bir sosyal hukuk düzeni içinde durum ise tam tersidir. Yani özel hukuk burada sadece geçici olarak ayrılan ve hareket sahası gittikçe daralan bir kişisel inisiyatife dönüşmektedir ve bu her şeyi kapsayan kamu hukukunun içinde yer almaktadır.